

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

L'Organisation de l'Instruction

et les

Garanties du Prévenu

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le lundi 26 mai 1930, à 2 heures

PAR

P. M. SIFNÉOS

Président : M. DONNEDIEU DE VABRES, professeur

Suffragants { *MM. HUGUENEY, Professeur.*
ESCARRA, Professeur.

PARIS

LIBRAIRIE DE JURISPRUDENCE ANCIENNE & MODERNE

ÉDOUARD DUCHEMIN

L. CHAUNY & L. QUINSAC, Successeurs

18, rue Soufflot (V°)

1930

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552828_0006

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

L'Organisation de l'Instruction

et les

Garanties du Prévenu

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le lundi 26 mai 1930, à 2 heures

PAR

P. M. SIFNÉOS

Président : M. DONNEDIEU DE VABRES, professeur

Suffragants { *MM. HUGUENEY, Professeur.*
ESCARRA, Professeur.

PARIS

LIBRAIRIE DE JURISPRUDENCE ANCIENNE & MODERNE

ÉDOUARD DUCHEMIN

L. CHAUNY & L. QUINSAC, Successeurs

18, rue Soufflot (V°)

—
1930

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



L'Organisation de l'Instruction et les Garanties du Prévenu

AVANT-PROPOS

Ordinairement, lorsqu'on parle de l'instruction et de ses garanties, on envisage deux ordres de questions :

Les premières se référant à la matière intrinsèque de l'instruction : organisation judiciaire, théorie de la preuve, procédure des recherches.

Les secondes ayant trait à l'emploi des mesures de coercition, corollaire nécessaire de l'instruction dans l'état actuel des mœurs judiciaires. C'est là ce qu'on entend le plus couramment par « Garanties individuelles ».

Cette étude, aussi bien par son sujet, que par son intention, se rattache exclusivement au premier ordre de questions. Le point de vue des « libertés individuelles » lui est donc absolument étranger. Nous reconnaissons volontiers que c'est là cependant le côté de beaucoup le plus populaire du problème. Tout naturellement, l'homme est porté à s'inquiéter d'abord des périls qui le menacent le plus immédiatement et le plus apparemment.

Il y a, dans l'instruction préparatoire, des dan-

gers d'un autre ordre, dont la réalisation ébranle la notion même de l'institution. Peu de législations les ont ignorés. Moindre est le nombre de celles qui ont pu définitivement s'en garantir.

Ce peut être que les vices dont il s'agit aient leurs racines dans les fondements de l'idée de justice répressive elle-même.

La conception première de cette étude était plus ambitieuse. La valeur intrinsèque d'un système d'instruction est faite, non seulement de l'harmonieux agencement des compétences, de l'organisation judiciaire, mais encore de la qualité des procédés de conviction, pour ne nous borner qu'aux divisions élémentaires.

Nous nous sommes vu contraint de limiter la portée de notre examen au premier groupe de questions, *id est* à l'organisation judiciaire.

De ce point de vue exclusif, essayant de pénétrer le système d'instruction adopté par la Législation française, nous avons cru y reconnaître les symptômes d'un état transitoire, qui, partant d'un type inquisitorial à peu près pur, représenté dans le domaine plus particulier de notre étude par une omnipotence à peu près sans réserve du Juge, s'orienterait vers un partage des fonctions mieux adapté, du moins dans ses principes, aux inquiétudes modernes, faites d'esprit scientifique et de préoccupations humanitaires.

INTRODUCTION

BIBLIOGRAPHIE

Letourneau. — L'évolution juridique chez les différents peuples. Paris, 1891.

Ribot (T.). — La psychologie des sentiments, 12^e édition. Paris, 1925.

Crémieu (L.). — La vengeance privée. Thèse, Paris, 1909.

Saleilles (R.). — L'individualisation de la peine. Paris, 3^e édition, 1927.

Ferri (E.). — Sociologie criminelle. Ed. Française, Paris, 1893.

Donnedieu de Vabres. — La justice pénale d'aujourd'hui. Paris, 1929.

Saldana (Q.). — La Criminologie Nouvelle. Paris, 1929.

Tout système de procédure criminelle est modelé, de loin ou de près, sur l'idée que son auteur se fait de la nature et de la portée de l'infraction, en même temps que de celles de la peine.

Le système pénal lui-même n'a d'explication possible que dans l'existence — plus ou moins consciente chez ceux qui le conçoivent, ou du moins chez ceux qui l'appliquent — d'un ensemble, coordonné ou non, d'idées ou de sentiments se rapportant à la source psychologique de l'acte criminel : à la volonté humaine.

Là donc est, en définitive, le sens de l'ensemble des dispositions administratives elles-mêmes. Or,

l'âme de la procédure criminelle, c'est l'instruction : celle-ci entendue aussi bien des opérations de recherche que de l'organisation professionnelle qui en a charge. Des textes de loi plus ou moins précis, plus ou moins impératifs, et à côté ou en dehors de tous textes, des usages, déterminent l'ensemble ou le détail des actes qui permettront de tenir un fait pour établi, et, en même temps, le lien de causalité qui le rattache à un auteur, et, par là-même, délimitent le champ d'activité des agents d'investigation.

Ainsi donc, en dernière analyse, l'explication fondamentale des dispositions relatives, soit à l'administration de la preuve, soit, et c'est ce qui fera plus spécialement l'objet de cette étude, à l'organisation judiciaire de l'instruction, doit être ramenée aux concepts éthicojuridiques du système pénal correspondant ; et par l'intermédiaire de ceux-ci, à leur point de départ initial et commun, l'attitude adoptée par l'opinion soit inorganisée, soit constituée en corps de doctrine, relativement à la participation psychologique de l'élément humain à l'acte criminel. Qu'il y ait un lien entre l'agent et la preuve, d'une part, les concepts sociaux et philosophiques, d'autre part, que ce lien consiste en une inspiration commune, que, de ce lien, il en résulte une explication réciproque, c'est ce qu'il est aisé de faire ressortir par un rappel des formes qu'a revêtues au courant de l'histoire la procédure criminelle, en ce qui concerne plus spécialement l'organisation judiciaire et l'administration de la preuve.

I. — A l'origine du concept de Justice, de la Justice criminelle en particulier, on est bien forcé, semble-t-il, de trouver la vengeance. La vengeance, elle-même, est une notion complexe. On la rattache à l'instinct de conservation. Or, cet instinct de conservation se manifeste chez les animaux de race inférieure, principalement à l'état défensif (1). La réaction est alors immédiate ; elle s'accompagne d'ailleurs des phénomènes physiologiques bien connus de la colère. Cette réaction provoquant à son tour un décuplement artificiel des forces physiques et même morales, il suffit que l'être prenne conscience de ses possibilités nouvelles pour que le passage à la forme offensive se produise. Un élément nouveau viendra enfin compléter le développement de l'impulsion originale ; la satisfaction du mal infligé qui « prend chez les représentants supérieurs de l'animalité » les proportions d'une jouissance de plus en plus raffinée. « Ce fait, dit M. Ribot, est aussi singulier que horrible, mais l'évidence en est incontestable (2). Telle est, en deux mots, la filière au bout de laquelle l'instinct conservateur apparaît revêtu de sa forme agressive : retour immédiat de l'offense subie avec, pour corollaire, la satisfaction qui n'est encore que passionnelle : c'est la vengeance dans son aspect le plus cru, élémentaire pour ainsi dire. Nous en dégageons l'idée de peine,

1. Letourneau, l'Evolution Juridique chez les différents Peuples.

2. Ribot, *op. cit.*, (p. 229).

mais combien rudimentaire apparaît la procédure de son application : « l'individu lésé est seul juge si une action est, ou n'est pas, criminelle, c'est-à-dire nuisible » (1). Car le seul rapport causal à établir en vue de la répression, et c'est là le trait qui domine le caractère de la preuve, c'est le rapport purement matériel entre l'acte dommageable et le dommage subi. « La faute chez l'agent est un élément que la réaction primitive ignore. » Et cela est bien naturel : par une loi d'inertie mentale, le jugement humain tend à s'arrêter aux causes immédiates. L'enfant qui vient de se heurter à un meuble, trouve un dérivatif facile à son ressentiment, en frappant la matière inanimée. Les procès intentés aux animaux jusqu'à la veille des guerres de religion n'ont pas un autre sens.

Arbitraire dans la mesure de la peine, arbitraire en la personne du juge, arbitraire dans la preuve qui n'est qu'un simple rapport de causalité matérielle, telles sont les caractéristiques de la vengeance dans son état élémentaire. Il est évident qu'on ne peut encore proprement parler de Justice.

II. — Cependant, chez les êtres supérieurs du monde animal « l'instinct primitif se mitige et se rationalise ». La vengeance revêt l'aspect de l'*agression différée* (2). La tendance destructive qui se manifeste instantanément sous la forme de l'aveugle colère chez l'être primitif, est réfrénée par la force

1. Ferri, *op. cit.*, (p. 345).

2. Ribot, *loc. cit.*, (p. 229).

rivale de la raison. Peut-être faut-il encore ajouter que sous sa forme primitive la réaction offensive de l'individu isolé n'aurait plus sa raison d'être dans un état social plus ou moins renforcé. L'ère est disparue où « l'homme dénué de tout instinct de défense active et de représailles serait bien pauvrement armé » (Ribot). La vengeance différée, c'est l'élément « temps » qui intervient. Or, la temporisation chez les êtres de raison implique l'intervention d'un élément nouveau, capital dans la formation du concept de la justice : Le Calcul.

Une mesure est introduite dans la notion du châ-timent : l'équivalence de la peine à infliger au dom-mage souffert. Dans quelles obscures profondeurs de la conscience humaine plonge-t-il ses racines, ce sentiment d'égalité que Platon considère comme essentiellement instinctif (1) ? Ce n'est ni le lieu ni le temps de s'en occuper.

Il peut être cependant utile d'attirer l'attention sur la persistance du sentiment vindicatif sous sa forme altérée par le frein rationnel : « le sentiment de plaisir de la destruction devient plus vif, comme le prouvent les expressions : savourer sa haine, etc. » (Ribot). Au moment de l'intervention du concept juridique, ce sentiment va se trouver légitimé en quelque sorte par son incorporation dans une formule abstraite : « Le sentiment de justice satisfaite ».

Parallèlement à cette mutation du fait au droit, une autre évolution se dessine qui intéresse plus

1. *Phédon ou l'immortalité.*

immédiatement le sujet de cette étude. Le droit de vengeance monopolisé à l'origine par la victime et à la suite de l'étroite solidarité des groupes primitifs par les proches de la victime : famille, ou clan (vendetta), va passer par la force des choses en d'autres mains sans d'ailleurs pour cela changer de caractère fondamental (1). La vengeance introduisait un élément de guerre intestine, d'affaiblissement au sein de l'agrégat social, dont la raison d'être principale était justement la protection contre les agressions externes, affaiblissement d'autant plus considérable que la vengeance abandonnée aux mains des intéressés immédiats affectait un caractère outrancier. Cette tendance dut devenir plus sensible à mesure que ce sentiment de proportion de la peine au délit qui est à la base de la notion de justice commençait à se faire jour. La tribu et ses chefs intervenant alors comme arbitres au combat, durent plus tard forcer les particuliers à se « dessaisir » définitivement de leur droit de vengeance entre les mains de la société ou de son chef (2). Et la fonction d'Etat devenant de plus en plus complexe, le chef dut lui-même abdiquer une partie de ses pouvoirs tout en se réservant le prestige intégré aux fonctions de Justicier et, par là, l'attachement passionné des sujets en celui qui incarnait leur revendication la plus chère. Car il ne semble pas qu'on

1. Chez les animaux et insectes d'intelligence supérieure, la Justice serait devenue également une fonction du chef (Letourneau).

2. Ferri, *loc. cit.*

puisse se faire d'illusion sur la nature de la fonction. La société en devenant l'ayant-cause de la victime qu'elle a dessaisie (non point nécessairement par contrat ainsi que l'a entendu Rousseau) de son droit de vengeance, continue l'individu et se solidarise à lui plus ou moins consciemment, par l'identité des croyances morales attaquées en la personne de la victime. L'agresseur devient *l'ennemi public*. Le stylet de la victime devient le *glaive de la justice*. La vengeance du sang devient la *vindicta publique*.

Le rapport causal est bien serré encore entre l'acte et la répression : « La figure du criminel se trouve effacée par la représentation obsédante du crime (1). »

Toutefois l'effort de la civilisation poursuit son œuvre de dissociation progressive. Par un processus plus psychologique que social, on l'a vu reculer le moment de satisfaction de l'instinct vindicatif. Et c'est au contraire par le progrès social qu'elle a obtenu le désarmement matériel de la victime au profit du corps constitué.

Reste une troisième dissociation, dont il ne serait pas inutile de retracer ici le chemin parcouru. Importante sinon essentielle, car sans altérer radicalement la notion même de la justice, elle l'éloigne encore de son point de départ. C'est la dissociation que l'on voit s'opérer entre l'acte matériel et sa

1. Saldana, *La Criminologie moderne*, ch. 1^{er} ; E. Ferri s'exprime d'une manière à peu près identique (*Sociologie criminelle*, p. 349).

cause intellectuelle. Jusqu'à des époques très avancées dans l'histoire des civilisations, la notion de culpabilité s'est trouvée exclusivement attachée au rapport matériel. Par cette loi si vraie de l'inertie mentale, l'homme s'est attaché à l'évidence de la cause immédiate. Sous le verdict aveugle de son instinct il confondit volontiers l'acte et l'auteur dans le but qu'il assignait à la peine. A la culpabilité matérielle, on verra graduellement se substituer l'imputabilité morale. C'est à une transformation opérée dans le personnel des administrateurs de la Justice que Ferri fait remonter les origines de cette évolution. Le Juge ayant cessé d'être un chef militaire, pour se spécialiser dans sa magistrature, et affecté plus ou moins le caractère sacerdotal, la notion de vindicte publique fit place à celle de vengeance divine (1). Celle de tort fait au seigneur, à la notion d'infraction à la loi divine. La peine sans se départir de la rigueur que lui imprime le caractère persistant de vengeance affecte cependant un but d'« équivalence morale », un but de purification, d'amendement (2). Elle implique et entraîne en même temps le principe de responsabilité et celui de faute. Car, qui dit amendement, suppose par là même la reconnaissance d'une culpabilité morale. Ce caractère de la peine se serait conservé dans la loi positive lorsque, avec l'affaiblissement du sentiment religieux, les concepts éthiques ou

1. *Sociologie criminelle*, p. 349.

2. Beau sire Dieu venge le sang du pauvre.

sociaux en prirent lieu et place. Quoiqu'il semble plutôt douteux que la vengeance, même divinisée, ait dû longtemps s'attacher à autre chose qu'à l'auteur purement matériel de l'acte, s'il faut en juger par le caractère rudimentaire des procès où elle avait à se manifester, il n'est pas sans intérêt de relever en passant, qu'ainsi une modification de la procédure aurait pu déterminer une évolution aussi profonde dans les concepts les plus essentiels du système pénal lui-même. Ainsi plus tard l'institution de la juridiction populaire amorcera l'orientation vers le concept nouveau de l'individualisation de la peine. Et l'un des objets que se propose cette étude, sera d'attirer l'attention sur une tendance de plus en plus apparente, manifestée dans la pratique et encouragée par les Tribunaux, tendance consistant à faire passer l'œuvre de l'instruction des mains de la magistrature auxquelles le Code l'avait confiée, aux soins d'une organisation purement technique en voie de perfectionnement. Des auteurs se sont trouvés pour laisser entendre qu'il pourrait y avoir là un aiguillage vers une conception plus humaine mais combien différente de la science pénitentiaire (1).

Quoiqu'il en soit, sous l'empire de la vengeance divine ou aussi bien de Justice absolue, il s'agit encore d'une étape peu avancée dans l'histoire des institutions judiciaires. Elle annonçait cependant une transposition du rapport entre le crime et la

1. Saldana, *op. cit.*, livre I, chap. III, p. 86-87.

peine sur un plan plus intellectuel. Mais, il est à peine besoin de rappeler combien cette œuvre de transposition fut lente et imperceptible à prendre consistance. Le caractère simpliste des preuves féodales, le jugement expéditif aux cas de délit flagrant, la pénurie des excuses et faits justificatifs admis sous le régime des ordonnances de la Monarchie française, l'impossibilité matérielle de toute attitude justificatrice de l'accusé, la cruauté outrée dont celui-ci pouvait être l'objet, tout cela démontre jusqu'à l'évidence que l'antique ressentiment instinctif n'avait point cessé de poursuivre sous son apparence éthicosociale, la matérialité même de l'acte criminel. « La vengeance est défendue aux hommes. Il n'y a que le Roi qui la puisse exercer par ses officiers (1). »

Mais d'autre part l'œuvre parallèle de la justice canonique par sa raison d'être même, et cette même concentration de tous les pouvoirs d'instruction aux mains du juge spécialisé des baillages, la torture elle-même considérée en tant que mode de preuve, tels sont les traces qui nous révèlent le chemin parcouru au sein de l'Ancien régime par le nouveau concept tendant à concentrer la peine sur l'élément subjectif du crime.

Figé quelque temps par son incorporation au monde des fictions égalitaires de la Révolution, plus ou moins influent dans la construction du sys-

1. Argou, *Institutes coutumières*, cité par M. Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, p. 4 cf. Saleilles, *op. cit.*

tème pénal du Premier Empire, le nouveau concept se trouve plus franchement annoncé par les institutions du code de procédure criminelle, pour recevoir enfin sa confirmation doctrinale et législative à la fin du siècle dernier (Loi des circonstances atténuantes, école néo-classique, code pénal italien, etc...)

« Il ne s'agissait pas du tout de mesurer la peine à la nature plus ou moins pervertie de l'individu, mais de la mesurer au degré de responsabilité, c'est-à-dire à la *valeur morale exacte* de l'acte accompli (1). » Tel se trouve formulé à la fin du XIX^e siècle le concept esquissé déjà dès les origines de l'ancien régime. Voici maintenant les conséquences qu'entraîne dans le domaine de la procédure l'adoption, plus ou moins consciente au travers des conceptions d'utilité sociale, du critérium de culpabilité morale. A la matérialité sommaire des preuves, amplement suffisante sous le régime primitif de la réaction impulsive ou différée, succède la recherche sinon scrupuleuse du moins opiniâtrement exigée de l'élément psychologique. De là, l'importance capitale de l'homologation consciente du prévenu. Nul n'est meilleur juge du degré de sa participation morale à un acte que l'intéressé lui-même. Mais, comme l'on ne pouvait tout attendre des explications volontaires de l'inculpé, il fallait songer à le poursuivre au fond des retranchements les plus reculés de son être psychique par un

1. Saleilles, *op. cit.*, p. 72.

homme expert en l'art de scruter les âmes. Tel est le rôle de l'Inquisiteur, du juge d'instruction dans les idées du Code de 1808. On l'emprunta à la procédure canonique, parce que, la première, elle avait édifié son système d'instruction sur la responsabilité morale. Le profil de la nouvelle organisation judiciaire se dessine plus nettement dans les travaux préparatoires du Code de procédure criminelle. A la simplicité relative du système de recherches des Codes de la Révolution, on veut faire succéder la savante organisation d'un juge d'instruction tout puissant et isolé. La raison en est simple. Il ne s'agit plus simplement d'établir une culpabilité plus ou moins matérielle. C'est une œuvre de pénétration psychologique qu'on se propose. L'instruction deviendra une appréciation de tous les moments, balance en main, des activités morales déterminantes de l'acte. Or, c'est là plus que la tâche intelligente d'un expert technique ; c'est l'œuvre exclusive d'un arbitre essentiellement, rigoureusement impartial : l'œuvre d'un juge. L'organisation judiciaire de la Monarchie s'était bien rendu compte de cette nécessité. Son inquisiteur était un juge dans toute l'acceptation du mot. Mais logique jusqu'au bout, elle accorda à ses juges la plénitude des pouvoirs. Il est, en effet, de toute nécessité de reconnaître qu'une doctrine mesurant le châtiment sur la faute morale n'est conciliable qu'avec un système d'individualisation extraordinairement subtile, impossible à obtenir au moyen de tarifications légales d'aucune

sorte. Soit qu'obsédés par la persistance de l'impulsion vindicative avivée naturellement en cette période active de l'histoire du crime, les juges criminels ne surent s'élever à la hauteur de leur tâche, soit que l'abus fut de l'essence même de ces fonctions, dont la raison d'être est l'impartialité, il résulta de l'arbitraire judiciaire une tyrannie intolérable. L'œuvre de la Révolution fut donc tout d'abord une œuvre d'urgence : « Ce qu'il y avait de plus immédiat, c'était de supprimer l'arbitraire du juge et d'atténuer l'atrocité des peines (1). Et cependant l'on maintenait le concept du rapport de la peine à la responsabilité morale de l'agent. Seulement, pour arriver à tarifer la peine, on tarifait le second membre de l'équation : la responsabilité morale. Les hommes étant par définition égaux et libres moralement, étant donc également libres, leur responsabilité ne peut se mesurer au degré de liberté morale de chacun, cette liberté étant *nivelée* chez l'humanité entière ; elle se mesurera donc à l'étendue du dommage causé : « L'infraction que la loi punit d'une peine afflictive ou infamante est un crime. » Quelle est l'infraction que la loi punit de peine afflictive ? le meurtre, le viol, l'incendie, etc... Le but évident de ce système, c'était de rationaliser la peine. Il est curieux que M. le professeur Saldaña ne veuille découvrir aucun sens dans l'économie de cet édifice d'abstractions. La peine : « atroce arbitraire », supprimée, voilà le sens pratique, tan-

1. Saleilles, *op. cit.*, p. 51.

gible, immédiat (1). Pour le reste on se payait de mots. Car « liberté égalisée », liberté tarifée, est un non-sens criant. Ce qu'il est ici nécessaire de relever, c'est que le concept de responsabilité morale est en principe retenu, et l'on vient de voir les conséquences qu'il est susceptible d'engendrer dans le domaine des preuves et de l'organisation judiciaire. Mais l'œuvre judiciaire de la Révolution n'est qu'une manifestation de défiance envers le juge. C'est encore contre lui que le principe du Code pénal est dirigé (2).

Par la force même des choses, la Révolution devait s'arrêter dans son œuvre de réhabilitation de l'homme vis-à-vis de la Société. Il faut bien le dire, c'est la notion de justice elle-même, celle de la Peine proportionnée à une mesure abstraite d'élément purement moral, qui fait du système individualiste proprement dit une simple étape dans la voie vers l'assainissement social. Le système de répression impulsive, incomplètement disparu lui-même de nos codes (V. Ch. II), s'arrêtait à la cause matérielle apparente de l'acte. Le système intellectualisé de vindicte sociale, tout en franchissant cette première barrière de l'esprit, s'arrête lui aussi à la cause morale plus ou moins immédiate. Il conserve, sans même prendre soin de la déguiser, l'attitude agres-

1. Saleilles, *op. cit.*, *loc. cit.*

2. « C'est parce que le juge peut être de mauvaise humeur ou de digestion difficile et nous verrions les mêmes crimes punis différemment » qu'on se résoud à niveler les responsabilités, libres cependant dans leur principe (Beccaria).

sive de la Société vis-à-vis du délinquant supposé. Dans ses textes, comme dans l'esprit qui préside à son application à travers le déguisement utilitaire, c'est l'expiation qu'il poursuit. La *Fraternité* révolutionnaire, ce n'est pas encore, loin de là, l'intérêt humain proprement dit. En face de l'omnipotence sociale par eux limitée, les métaphysiciens de 1789 dressent leur idéal, « l'Individu », résultante et composée de toutes les abstractions qui n'étaient qu'autant de réactions contre l'ordre tyrannique aboli. Les rapports qui s'établissent entre cet être de fiction et le corps social sont purement juridiques. Les prérogatives concédées à l'individu sont prélevées sur les droits de la Société. Qui dit rapport de droit, dit conflit. Ainsi se pose, dans toute son inéluctable évidence pour les législateurs scrupuleux de 1808 le problème de l'équilibre entre la défense sociale et la liberté individuelle. Du moment qu'on arme l'individu de toute l'armature de ses droits, on l'érige en puissance éventuellement hostile à la Société, et la réciproque n'est pas moins vraie. Lorsqu'entre les membres d'une famille on fait appel au droit, c'est que la bonne entente est déjà prête à lui céder la place. Pourrait-on reprocher aux législations nouvelles plus ou moins issues de la Révolution d'avoir consacré le pur régime juridique ? Ce serait faire preuve de bien d'apriorisme. La qualité, l'intensité, des sentiments sociaux, ne peut croître par un acte de foi de quelques âmes d'élite. Elle se crée, elle se pétrit dans les mœurs. Il faut un temps indé-

fini à la civilisation pour épurer les instincts. L'acte criminel continue à provoquer une réaction sentimentale plus ou moins accusée chez ceux qui en sont les témoins. Les commentaires de la presse quotidienne sont là pour nous renseigner sur l'état des mœurs (1). Bien sagement le législateur de l'Empire a tenu compte de cet état d'esprit. Il lui était plus aisé à lui de considérer l'acte et le prévenu dans une sérénité lointaine et favorable aux impulsions généreuses, qu'aux organes d'exécution de la mission de justice dont l'instinct de conservation réagirait plus vivement devant la matérialité de l'acte perpétré (2). C'est parce qu'il s'est rendu compte de ce décalage (3), qu'il resserra surtout le réseau des garanties individuelles autour de l'organisation judiciaire : double degré d'instruction, incompatibilités réciproques nombreuses, multiplication des organismes dans chacun des degrés. Souci constant de leur indépendance... Garanties d'ailleurs

1. V. Crémieu, *op. cit.*, p. 278 et suiv. Que l'on considère aussi l'attitude des jurys vis-à-vis de certaines infractions inquiétant de près leur instinct conservateur : actes contre la propriété, etc. ou, *a contrario*, leur indulgence systématique pour les vengeurs de l'honneur offensé.

2. « Si la peine est dans une certaine mesure la réaction du sentiment public, comment prévoir pour chaque crime l'émotion soulevée et le sentiment d'indignation dont il y ait lieu de tenir compte pour l'application de la peine ? »

« Seul, le juge est à même de se faire l'interprète de cette justice collective ». Saleilles, *op. cit.*, p. 48.

3... La suppression de l'arbitraire des peines n'a pas d'autre explication, v. Saldana, *op. cit.*, p. 55. L'auteur n'arrive pas à s'expliquer ce qu'il croit être une contradiction dans le système issu de la tradition monarchique et de la révolution.

concedées comme à regret par l'ordre social qui va s'ingénier à les réintégrer au fur et à mesure que l'on s'éloignera du souffle généreux qui avait animé ce monde de fictions, et jusqu'à provoquer un siècle plus tard, dans l'ordre judiciaire, une pâle réminiscence de ce mouvement d'indignation qui renversa la monarchie absolue.

Avant de rendre un compte plus détaillé de ces garanties concernant l'organisation judiciaire, il sera peut-être intéressant de ne pas clore cette investigation historique sans relever dans une dernière conception de la science criminelle, la même étroite correspondance entre la considération des causes de l'acte criminel, le régime de la preuve et l'organisation judiciaire.

Les représentants de cette nouvelle tendance (qui n'est pas l'apanage exclusif de la science italienne, mais dont en grande partie l'initiative lui revient franchissent dans la considération des causes du crime la seconde barrière où s'était arrêté l'esprit humain : plus loin que l'acte matériel au-delà même de la volonté immorale qui l'a pu déterminer, ils envisagent les causes psychologiques et physiologiques de la perversion de cette volonté. Si pour les moralistes l'acte n'est que la matérialisation d'une volonté malfaisante, pour les criminologistes, cette manifestation elle-même n'est qu'un symptôme dont il faut rechercher la cause dans la double constitution de l'individu en reconstituant son histoire probable. L'objet de droit pénal n'est donc plus la solu-

tion plus ou moins facile d'une équation répressive. On ne peut « punir » lorsqu'on « ignore »

En réalité, c'est la notion même de justice humaine qui est menacée par la nouvelle tendance. Quoi que l'on fasse, cette notion fut, est et sera inséparable de celle de réciprocité nécessaire du dommage : dent pour dent.

Eh bien, c'est cette nécessité même que refuse, ce lien inéluctable que dénonce la tendance dite scientifique. L'acte criminel perpétré, le mal est accompli ; que la victime soit dédommagée le plus pleinement possible, mais en dehors de la personne même de l'auteur. Domaine du droit civil pur avec son organisation correspondante.

Et c'est maintenant une tâche absolument distincte : en l'être humain déchu, la source du mal doit être recherchée et tarie si possible, et autant que possible, pour le plus grand bien de la société, domaine d'une science thérapeutique : thérapeutique morale (rieducazione), physiologique, psycho-physiologique, peu importe ici. Ce qui importe, c'est que le lien entre le traitement de la victime et celui de l'auteur, est rompu. En lui, la notion de justice pénale est mortellement atteinte. « Ni un homme en particulier, ni une collectivité humaine, n'a de prise sur ce qui est la conscience humaine et n'a droit de s'en faire juge, car punir c'est plus encore qu'exercer un pouvoir et une main-mise d'homme à homme, c'est vouloir pénétrer les consciences, juger ce qui est le fond même de la person-

nalité et en vertu de ce jugement porté sur la conscience, disposer de la vie et de la liberté. En ce sens l'homme n'a de juge que Dieu » (Saleilles).

Et Ferri fait sienne la parole du Christ : « ne jugez pas pour ne pas être jugés » (1).

L'adoption du concept criminologique implique une transformation essentielle, tant en ce qui concerne l'esprit de la preuve et son objet, que l'organisation judiciaire correspondante (2). La conviction morale n'est plus l'objet exclusif de la preuve. Ce qui importe c'est une investigation technique aussi complète que possible des conditions matérielles du délit et de l'activité manifestée par l'agent, mais surtout une identification absolument certaine tant de la personne de l'auteur que de son histoire. La démonstration scientifique prend lieu et place de l'intime conviction. Conséquemment, l'appareil de l'instruction est modifié du tout au tout. L'impartialité n'est plus nécessaire, puisque la partialité est difficile à concevoir, la Société n'ayant plus à réagir contre une individualité juridique rivale, mais à pénétrer l'être humain où réside son véritable danger. Le juge fait donc place dans l'instruction aux organes exclusivement techniques (3).

1. Malgré que les hommes de la Science positive s'en défendent, de même que le Socialisme, matérialiste protestait de son objectivité, il semble que la tendance criminologique procède d'une sensibilité ascendante au regard de l'être humain.

Il est sérieusement à craindre qu'il ne faille en espérer la réalisation intégrale que d'une humanisation générale de l'opinion.

2. Ferri, *op. cit.*, p. 523.

3. Il y a là d'ailleurs une transposition déjà en voie de réalisation empirique en dehors de toute construction doctrinale.

De même la cohésion étroite entre les divers organismes de l'instruction et l'unité de direction dans les recherches succéderont à la division des fonctions actuelles, existant au moins dans le principe parce que nécessaire à garantir l'impartialité du juge.

Et voici, selon Ferri, le schéma de l'instruction définitive : devant une Cour composée plus ou moins de techniciens (psychologues, aliénistes, etc.) l'Accusation et la Défense (1) (noms symboliques rappelant les anciennes institutions) débattent le degré de témibilité du criminel tel que le présentent son acte et son histoire. La Cour prononce le traitement (souvent fort rigoureux) approprié au degré de la témibilité ainsi établie.

1. Il est à remarquer que la Défense au criminel, bien entendu, est érigée en office public électif, et bénéficie d'une instruction professionnelle spéciale (aussi bien que l'Accusation). Cette conception de la défense publique daterait de la République vénitienne.

CHAPITRE PREMIER

LES PRINCIPES DE L'ORGANISATION JUDICIAIRE. LA SÉPARATION DE LA POURSUITE ET DE L'INSTRUCTION

BIBLIOGRAPHIE

- Locré.* — Tomes XXIV S. du 16 février 1808, p. 641-651, XXV S. 7 et 8 juin 1808.
- Hélie (F.).* — Tome IV, n° 1605 et suiv.
- Esmein.* — Histoire de la Procédure criminelle en France.
- Ferrero (G.).* — Les Lois psychologiques du Symbolisme. Alcan, 1895, ch. VII.
- Masson (J.).* — La séparation de la poursuite et de l'instruction. Th. Dijon, 1898.
- Mariotte.* — Le principe inquisitoire. Th. Paris, 1902.
- Morizot-Thibault.* — L'instruction préparatoire, Paris, 1906, 1^{re} partie. I. Le Ministère public.
- Roux (J. A.).* — Cours de Droit Pénal. Paris, 1920, n° 371 et 372.
- Rev. Intern. de Sociologie*, 1907 : étude sur le Magistrat (rapport Philippe).
- Année psychologique*, 1906. Ed. Claparède : La Psychologie judiciaire.
- Tsoukalas (C.).* — Les tribunaux de Jurés. Athènes, 1929 (en grec).
- Introduction à la traduction grecque du Livre de M. Guilhermet. Les Erreurs Judiciaires (en grec).
- Loewel (P.).* — Tableaux du Palais (Ch. La Psychologie du Juge). Paris, 1929.
- Djermekov (D.).* — La psychologie du procès criminel : Etudes Criminologiques, 1929, p. 331 et suiv.

Quel que soit le point de vue doctrinal auquel on se place, mais surtout dans l'hypothèse d'un système répressif juridique tel qu'on le trouve évolué dans la législation actuelle des pays latins, l'instruction préparatoire présente sans conteste une double utilité de principe. Positive, en ce sens qu'elle permet au moyen de lentes et minutieuses investigations des circonstances, d'établir autant que possible le degré véritable de la culpabilité. Négative en ce sens qu'elle décharge l'innocence dans le secret d'une phase préjudiciaire. Ces deux aspects se ramènent à un seul. Mieux réaliser l'idéal de justice humaine. Car l'erreur judiciaire est également inacceptable en raison, lorsqu'elle porte sur l'identité de l'auteur, que lorsqu'elle vient d'une appréciation erronée de l'acte coupable.

L'on a montré pourquoi dans la conception actuelle de la Justice, le personnage principal dans l'instruction ne peut être qu'un Juge et posséder, avant toute autre qualité, celle du Juge : l'Impartialité.

C'est à cette impartialité que les auteurs du Code ont visé en organisant un système très logique à première vue d'incomptabilités et de séparations entre les diverses fonctions de poursuites, d'instruction et de jugement. Nous avons essayé de montrer comment l'effort persévérant de la civilisation a été dans le sens d'une dissociation de plus en plus accusée, de plus en plus consciente, des deux activités : Celle du délinquant, d'une part, celle de la victime,

individu ou société, d'autre part. Nous avons incidemment relevé l'un des aspects de cette dissociation, l'effort qui consiste à rompre « le contact direct entre l'auteur du crime et les personnes qui distribuaient la Justice » (1). L'instrument de la vengeance était enlevé des mains de la victime: « *Nemo simul esse potest accusator et judex.* »

Lorsque plus tard, pour des raisons principalement d'ordre politique, coïncidant en France avec l'introduction définitive du système dit « inquisitorial », le droit d'accusation lui-même fut organisé en fonction publique, la maxime conserva toute son autorité. A y regarder de près cependant, il ne semble pas compréhensible de prime abord d'élever une suspicion contre l'accusateur lorsque celui-ci n'est pas la victime intéressée à la poursuite, mais un fonctionnaire, un tiers, étranger semble-t-il au ressentiment causé par l'offense criminelle.

Poser la question, c'est aborder du même coup un des problèmes les plus curieux et les plus complexes de psychologie humaine. Il s'agit d'un cas de déformation professionnelle. Or, il y a là une question qu'on ne peut manquer d'agiter à plusieurs reprises au courant d'une étude tant soit peu approfondie de l'organisation judiciaire. Le problème est d'ailleurs très général et ne concerne par exclusivement les officiers du ministère public, mais tous ceux que leurs fonctions, d'une manière plus ou

1. Prof. B. Wroblewski dans *Unification du Droit pénal* (*Etudes criminologiques*, 1929, p. 245).

moins permanente, appellent à la lutte contre le crime.

Dans son ouvrage justement célèbre sur les Lois psychologiques du symbolisme, Guilhelmo Ferrero présentait une explication fort attrayante des phénomènes de déformation professionnelle. Par une application de la loi d'inertie aux fonctions mentales, seuls les états de conscience alimentés par une activité ininterrompue demeurent à titre permanent dans le domaine lucide de l'esprit. Or, cet état *d'excitation permanente* ne peut provenir que de la répétition très fréquente de faits identiques extérieurs. Car « la voie par laquelle tout ce courant de mouvement et de vie vient aboutir au cerveau, ce sont les sens ». Une répétition fréquente de faits identiques peut résulter de l'exercice d'une profession. Un médecin conserve dans son esprit, toujours vif et clair ce nombre d'images et d'idées qui ont rapport à la maladie, et même dans les cas humains que le hasard l'amène à considérer en dehors de sa vie professionnelle proprement dite, il s'arrête de préférence aux points de vue qui représentent une affinité quelconque avec ses aptitudes spéciales de compréhension. Le fait en ce qui concerne tout particulièrement les psychiatres est devenu un lieu commun.

« Seuls, les états de conscience étant nécessaires pour les besoins de l'existence sont conservés par des excitations permanentes. Ce qui est vrai pour les individus est vrai aussi pour les hommes en

masse. A chaque institution sociale correspond dans l'esprit des hommes un certain nombre d'idées associées qui en ont déterminé la naissance. »

Ainsi donc par l'effet de ce processus (l'arrêt idéo-émotionnel de Ferrero), un groupe d'idées ou de sensations par une répétition fréquente, finirait par occuper exclusivement, aux dépens de l'ensemble de la vie affective, le domaine lucide de notre conscience, et pourrait en arriver au courant d'une seconde étape psychologique, à s'inscruster définitivement dans le caractère.

Faisant l'application de cette doctrine aux magistrats de profession, Ferri pourra également constater cette concession du conscient à l'inconscient qui produit pour ainsi dire une polarisation déterminée des facultés et des actes individuels et que l'auteur rattache à la formule, peu différente, de la moindre dépense de force mentale (1).

Il n'est pas dit d'ailleurs qu'un changement plus ou moins sensible, survenant dans les conditions extérieures, parce qu'il intervertirait l'ordre des nécessités vitales, ne pourrait, au moins temporairement, venir troubler cet état d'inertie, certainement inconsciente. Ainsi Ferri relève une certaine inquiétude dans le mécanisme mental professionnel, causée par la publicité des débats.

Par contre, le penchant caractéristique imprimé par les habitudes trouverait libre cours à se mani-

1. Ferri, *op. cit.*, p. 545.

fester dans des circonstances qui écarteraient tout élément perturbateur par définition :

« Les faits les plus bruyants... se rapportent à la période d'instruction préparatoire et secrète des enquêtes actuelles (Ferri) », et l'auteur en conclut que « la forme inquisitoriale diminue considérablement les garanties de l'instruction ».

Il n'y a pas là qu'une simple et séduisante hypothèse de psychologue. Si nous avons cru devoir la rappeler en tête de cette étude, c'est que nous y voyons une justification théorique suffisante des scrupules qu'ont dû éprouver toutes les législations à confier des pouvoirs de juridiction, à la partie poursuivante, et qu'ausurplus, cette justification est tirée de la nature même des fonctions que nous avons à examiner.

Nous ne pouvons pas ignorer qu'il en existe une autre se rattachant plus particulièrement aux principes du droit public et à celui encore en vogue de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire : La fonction de poursuite ayant toujours été considérée comme un attribut plus ou moins direct de l'Exécutif.

Il n'est pas douteux que cette considération ait eu une part prépondérante, sinon exclusive dans l'élaboration du principe juridique que nous étudions. L'on doit rendre cependant cette justice aux auteurs subtils et profonds de la tradition française, qu'ils ont de tous temps accordé toute leur attention aux périls susceptibles de résulter de la conformation

psychologique des fonctions judiciaires considérées en elles-mêmes, et en dehors de toute intervention du pouvoir politique. Déjà, bien avant Cambacérès, Ayrault, cet analyste si généreusement humain, ne signalait-il pas le tort que l'on aurait à se reposer sur la bonté, d'ailleurs indiscutable, des Procureurs du Roy, pour l'administration de ces actes de justice qui peuvent exercer une influence définitive sur le sort du prévenu (1).

D'ailleurs, pour une double raison, nous écartons de nos préoccupations actuelles celles qui ont trait au danger politique, d'abord parce qu'il est à peu près vain de discuter en théorie pure ce qui par son essence participe de l'arbitraire. Ensuite et surtout parce que la fausse impulsion qui peut être donnée aux choses de la justice par l'immixtion des gouvernants ne peut échapper à la vigilance des magistrats, et que s'ils s'y soumettent ce ne peut être qu'à la suite d'une délibération consciente. Au lieu que le péril prenant source dans la nature même de la fonction échappe certainement à l'attention consciente des hommes de justice dont la culture est le plus souvent éminente, et dont la bonne foi ordinaire n'a pu être sérieusement contestée par personne.

Pour cette raison même, il serait de la dernière imprudence de prendre en considération l'appréciation des professionnels eux-mêmes sur la réalité du danger créé par leur mentalité toute spéciale.

1. Esmein, *op. cit.*, p. 166.

Si d'ailleurs on se sent disposé à mettre en doute ces réalités psychologiques, des faits caractéristiques de l'Histoire judiciaire apporteront un appoint sérieux aux attestations des observateurs impartiaux.

Qu'il nous suffise de rappeler la question bien connue des actes d'accusation (1), question pénible à expliquer si l'on ne veut faire la part du déséquilibre professionnel.

L'acte d'accusation n'est, dans la conception législative, qu'un résumé des faits résultant de la procédure écrite, confié au Procureur Général. Le Code de Brumaire An IV prévoyant déjà dans son art. 232 les abus qui pourraient en résulter, disposait que l'acte serait *nul*, s'il ne remplissait les conditions d'impartialité visées par des textes très explicites. Et une Jurisprudence libérale annulait régulièrement les actes d'accusation partiiaux.

Le Code d'instruction criminelle (art. 241) exigeait dans l'acte d'accusation un exposé impartial « de toutes les circonstances qui peuvent aggraver ou *diminuer* la peine ». Cependant malgré le texte et malgré les exhortations libérales de Faustin Hélie, la pratique des Parquets fit de l'acte d'accusation un « réquisitoire écrit » (F. Hélie), un « résumé exclusif des charges » (Garraud). Pratique d'ailleurs ouvertement encouragée par la Jurisprudence qui se

1. Faustin Hélie, t. V, n° 2235 ; Garraud, t. IV, p. 252.

refuse à annuler l'acte d'accusation contenant un exposé non impartial (1).

Quel que soit le point de vue que l'on croit devoir adopter sur le fond de la question, il est certain que la Législation française a admis le principe de l'incompatibilité dans toute sa généralité. Cette doctrine se trouve illustrée par une décision encore récente de la Cour Suprême, dont voici les termes : « Attendu que conformément à une maxime constante du droit français, les fonctions du ministère public sont incompatibles dans la même affaire avec celle de juge, que cette incompatibilité résulte de la nature même de ces fonctions, et de ce Principe de Justice qui ne permet pas qu'un magistrat puisse être en même temps juge et partie poursuivante... » (Cass. Crim., 22 février 1917. S. 1921.1.227.)

Si donc l'on admet la réalité psychologique de ce principe, il faut encore en déterminer plus précisément la portée.

La notion de poursuite est tout d'abord une notion bien plus complexe qu'elle ne paraît à première

1. Cass., 3 Novembre 1921. D. 1922. 1. 8.

Il ressort de cette jurisprudence que l'acte d'accusation rédigé par le Procureur Général, ignore résolument les faits à décharge, discute et combat les faits justificatifs proposés par l'accusé, apporte enfin à l'appui de l'accusation en tant que faits de moralité « des faits pour lesquels l'accusé n'est pas traduit devant le Tribunal, ou des condamnations amnistiées ».

La pratique, en Grèce, est absolument identique.

On sait qu'en Angleterre l'indictement doit présenter les caractères opposés. V. Morizot-Thibault, *op. cit.*, p. 496 et s. ; C. f. Stephen, *Proc. criminelle*, Art. 244. C. S. Kenny, *Esquisses du droit criminel anglais*, L. IV, Ch. XXXI.

vue. La réduire à la simple fonction procédurale du réquisitoire introductif, serait d'une insuffisance simpliste. L'œuvre de la Police judiciaire, dans son sens le plus large, participe en réalité tout entière de la fonction de poursuite. Aussi, l'art. 257 du C. I. C. écartait le juge d'instruction du jugement des affaires criminelles qu'il avait instruites. Et tel semblait bien être l'esprit de l'art. 55 en ce qui concernait les affaires correctionnelles. Mais la Jurisprudence tirant argument de ce que les nullités sont de droit étroit, et en réalité dans le but de concilier le texte avec les vices d'une organisation judiciaire numériquement insuffisante, « privait les inculpés pendant près d'un siècle d'une sérieuse garantie d'impartialité » (1). La loi du 8 décembre 1897 art. 1^{er} établit définitivement l'incompatibilité entre les fonctions d'instruction et de jugement qui se trouvait déjà dans l'art. 32 du grand projet de réforme de 1879 (2).

Mais, la notion de « jugement elle-même est-elle une notion simple ? C'est ce qu'il est difficile d'admettre surtout dans un système de procédure criminelle reposant plus ou moins sur l'appréciation morale de la culpabilité du juge, ainsi que nous avons essayé de le faire sentir dans l'introduction de cet essai.

Dans un pareil système les principaux actes d'instruction impliquent une décision sur la culpabilité,

1. Roux, *op. cit.*, p. 457 ; cf. F. Hélie, *op. cit.*, n° 1579, t. IV.

2. Milhaud et Monteux, *l'Instruction criminelle*, p. 28.

constituent œuvre de Juridiction. Il y a là une considération qui n'a pas échappé aux docteurs classiques du droit criminel. Le Code d'Instruction Criminelle, après les législations issues de la Révolution, l'a faite sienne en instituant des juridictions d'instruction. A en croire le témoignage célèbre et discuté de Jousse, le droit ancien lui-même n'aurait pas absolument méconnu ce principe. Mais c'est une question dont nous renvoyons l'examen détaillé à une autre partie de cet ouvrage.

Voici donc le résumé des garanties rationnelles que suggère *a priori* l'examen d'un système classique de procédure criminelle reposant tout entier sur le principe inquisitoire :

1^o Séparation absolue entre les fonctions de poursuite et de jugement ;

2^o Séparation entre l'instruction préparatoire et définitive ;

3^o Séparation entre la police judiciaire et la juridiction d'instruction.

Le Code de 1808 a du moins dans son esprit consacré cette triple incompatibilité. Il n'a pas cru bon de s'en tenir là. Il a adopté une garantie supplémentaire, proclamée au long des travaux préparatoires, passée d'une manière plus ou moins confuse, il est vrai, dans les textes, affirmée par la doctrine la plus autorisée, reconnue enfin au moins nominale-ment par la Jurisprudence.

C'est cette nouvelle incompatibilité qu'il est convenu d'appeler « la séparation entre les pouvoirs de

Poursuite et d'Instruction ». Cette séparation est-elle nécessaire ? Résulte-t-elle de la nature même des fonctions que l'on proclame incompatibles, ainsi qu'il en est par exemple de la fonction de poursuite et de celle de jugement ? Si le sens de cette formule est que le ministère public n'a que le pouvoir de requérir et le Juge d'instruction ne peut être saisi que sur réquisition du Ministère Public, *aux cas où une instruction régulière est ouverte*, la séparation, quoique n'étant pas absolument vaine, semble cependant dès le premier abord assez dépourvue de portée pratique. Car le juge d'instruction pourra, une fois requis, procéder à des actes dont l'essence tient beaucoup plus de l'esprit de poursuite que de celui d'impartialité. Et d'autre part, le Procureur de la République pourra se livrer à tous les actes d'instruction en dehors des cas rares où une information régulière est ouverte.

La formule prend une signification beaucoup plus substantiellement lorsque avec des auteurs célèbres on l'explique dans le sens que le Ministère public ne pourra en dehors de cas tout-à-fait exceptionnels se livrer à aucun acte pouvant de près ou de loin impressionner le sort définitif de l'accusé, et que d'autre part le Juge d'instruction ne pourra, sauf à tenir compte des mêmes circonstances extraordinaires, procéder à aucune démarche de nature à le faire dévier matériellement ou moralement de la rigoureuse impartialité qui est sa raison d'être.

Reste enfin un troisième sens à supposer à la for-

mule célèbre : nous y avons déjà fait allusion ; le désir de prévenir toute influence du fonctionnaire amovible sur le magistrat inamovible et le sort des instructions et des procès.

Ces deux objectifs, s'ils pouvaient être atteints, constitueraient, en effet, une double garantie très substantielle pour le prévenu. Or, si le second ne présente que des difficultés (très graves, il faut le dire) de réalisation inhérentes à l'état des mœurs politiques et administratives et susceptibles de varier avec lui, le premier, parce qu'il se rattache directement à la nature même des fonctions envisagées, se heurte à une véritable impossibilité matérielle de réalisation, même approximativement satisfaisante, à moins d'un bouleversement presque complet de l'organisation judiciaire, qui aboutirait vraisemblablement à l'abandon du système inquisitoire, même dans la procédure préjudiciaire. Cette affirmation, quelque peu anticipée, a besoin d'une mise au point immédiate. Sa vérification plus approfondie fera d'ailleurs l'objet principal des chapitres qui suivent.

Dès l'abord, la question doit être dédoublée : immixtion du Ministère Public et de ses auxiliaires dans l'instruction, d'une part, Participation du Juge d'instruction à l'accusation dans le sens le plus large du terme, d'autre part.

Or, ce qui est fait pour étonner le lecteur des travaux préparatoires insuffisamment averti, c'est que la discussion a été épuisée sur l'une des faces

du problème, et qu'elle n'a même pas été posée, si ce n'est incidemment, sur le plan opposé. Que si l'on a témoigné d'une méfiance vraiment excessive à l'égard du Procureur Impérial, on s'est absolument reposé sur le juge d'instruction. Faut-il y voir l'effet d'une toute puissante tradition ? Nous y réfléchirons en examinant l'organisation du juge d'instruction. Ce qu'il faut dire dès à présent, c'est que si les législateurs ne s'étaient pas reposés dans une confiance sans limites en la personne du lieutenant criminel, ils se seraient peut-être faits moins d'illusions sur l'efficacité d'une garantie qu'ils croyaient obtenir en délimitant exclusivement et rigoureusement l'activité du ministère public et de ses auxillaires.

D'ailleurs, la séparation était-elle possible même en se plaçant au point de vue exclusif du Procureur Impérial ? Il est de principe que « c'est à la partie qui poursuit qu'il incombe de réunir les preuves qui justifient son action » (1), *onus probandi incumbit actori*. La maxime est constante en droit civil, elle forme la base de la procédure criminelle dite « accusatoire » et loin de constituer une sentence abstraite elle est vraiment de la nature des institutions juridiques. Et c'est autant pour une raison de principe que pour une raison de technique qu'elle devait prendre une éclatante revanche sur l'intention des rédacteurs du projet définitif, regrettable seulement parcequ'elle n'avait pu être législativement prévue.

1. Roux, *op. cit.*, p. 432.

Si en effet le lieutenant criminel pouvait suffire à la rigueur aux procédés archaïques de l'instruction criminelle, la police judiciaire et son chef seuls pouvaient s'adapter à la complication progressive de l'œuvre de recherche moderne. Mais l'histoire elle-même donnait d'avance un démenti à la tâche ingrate des théoriciens de la séparation.

En vertu de la maxime bien connue : « tout juge est procureur général » le magistrat chargé de l'instruction a toujours pu se saisir lui-même en France. Sans reculer jusqu'à la procédure féodale où d'une part la victime seule pouvait poursuivre, et la représentation était impossible puisque l'accusateur s'inscrivait personnellement à peine du talion (1), lors de l'arrivée en scène du Procureur Royal, loin que ce fut lui qui saisit le juge, c'était bien au contraire le juge qui autorisait le Procureur Royal à « prendre partie » (2).

Même lorsque le système inquisitoire s'organise, même sous le régime des Ordonnances du xvi^e siècle l'on ne peut soutenir en bonne foi qu'il y ait « séparation » à proprement parler. C'est au contraire la confusion dans toute son étendue. Car si le Procureur ne joue qu'un rôle de dénonciateur officiel lorsque le Juge n'a point pris lui-même l'initiative de la poursuite, c'est le Bailli, plus tard son Lieutenant, qui mène le procès d'un bout à l'autre. Si le

1. Esmein, *Histoire de la Procédure Criminelle en France*, p. 100 et suiv.

2. *id.*, p. 103.

Procureur y joue un rôle quelconque, c'est celui d'un collaborateur facultatif et timide. D'ailleurs le lieutenant criminel lui-même joue un rôle de seconde main dans cette période de la procédure. L'information préalable est faite par un notaire ou sergent, soit de leur propre initiative, soit (plus généralement) sur mandement du lieutenant. Et c'est sur le vu de cette information que le magistrat décrète la prise de corps et procède lui-même à l'interrogatoire, puis à l'instruction que l'on pourrait qualifier de définitive.

Le système est perfectionné par l'ordonnance de 1670, mais les principes ne sont en réalité point modifiés. Si l'on a vu généralement soutenir par les partisans de la séparation, lors de la discussion du projet de Treilhard, que la séparation avait été imaginée par l'ordonnance de 1670, c'est qu'ils se plaçaient exclusivement au point de vue du Procureur du Roy. En effet, ce magistrat n'avait aucun pouvoir sur la direction de l'instruction, et c'était d'autre part un personnage bien moins considérable que son formidable partenaire. Le Lieutenant peut fort bien se passer de ses réquisitions en se saisissant lui-même lorsque le Procureur s'abstient ; sans compter que lui seul peut être saisi par les « plaintes ».

Maintenant, voici la liste des pouvoirs du Magistrat d'instruction : d'abord il inculpe au moins aussi souvent que le Procureur du Roy ; il constitue le dossier de l'information préalable par lui-même sans délégation possible ; il décrète de prise de corps et

procède au premier interrogatoire. Sur conclusions du Ministère Public, il règle la procédure préalable dans l'immense majorité des cas (1) ; si le jugement préparatoire décide l'emploi de la procédure « *extra ordinem* » il procède au recolement des témoins, qui n'est qu'une confirmation obligatoire des témoignages à charge (sous peine de parjure) en dehors de la présence de l'accusé. S'ensuit la confrontation, d'une utilité pratique très relative pour l'accusé, puisqu'il devait présenter ses reproches à brûle pourpoint, avant de connaître la portée des témoignages. Enfin, après l'administration de la question à laquelle présidait l'inquisiteur lui-même, c'est encore lui qui, le procès étant « *instruit* », en présentait le rapport aux juges assemblés. Ajoutons que lorsque la preuve des faits justificatifs de l'accusé était admise, c'est encore le même lieutenant criminel qui interrogeait les témoins à décharge, en dehors de la présence de l'accusé.

On est libre de conclure maintenant si oui ou non la séparation que les auteurs du Code citaient à l'envi comme modèle, sauvait l'impartialité du magistrat-instructeur de la Monarchie ; si des reproches du même genre que ceux qu'adressait Cambacérès au magistrat de sûreté cumulant les fonctions de poursuite et d'instruction, sinon plus graves, ne pourraient être adressés à l'organisation du lieutenant criminel.

1. Exception faite des cas où le jugement préparatoire était rendu en dernier ressort.

C'est au contraire le principe de la réunion entre les mêmes mains des deux pouvoirs qu'ont adopté successivement les lois révolutionnaires, tant celle de 1791 que le Code de Brumaire An IV.

Quant à la loi du 7 pluviôse an IX dont il sera si fréquemment question au cours des travaux préparatoires, elle ne prenait point parti en réalité sur la séparation entre la poursuite et l'instruction (1).

Si en principe l'instruction proprement dite devait être l'œuvre du directeur du jury saisi par le ministère public réorganisé, un pouvoir de mise en arrestation illimité était conféré à l'agent du gouvernement qui pouvait aussi se livrer aux premières investigations, à charge pour lui de saisir le directeur dans les 24 heures de l'arrestation. Or, voici ce qu'il advint : la pratique élargissant la brèche ouverte, s'appliqua si bien et si vite à rétablir la confusion de tous les pouvoirs d'instruction dans les mains de l'organe de poursuite, réduisant le directeur au rôle de vérificateur d'une instruction déjà faite, que trois ans après la promulgation de la loi du 7 pluviôse cette confusion se trouve accomplie en fait, encouragée par le Ministère de la Justice (2), consacrée par la Jurisprudence du tribunal de Cassation et, enregistrée dans le projet de Treilhard.

C'est une bien attachante physionomie de Jurisconsulte, que celle du Rapporteur de la Section, telle

1. Exposé des motifs de la loi : « L'idée principale de ce projet est de distinguer la poursuite d'avec le jugement. » Locré, t. XXV, p. 132.

2. Circulaire du 29 Floréal an IX.

qu'elle a survécu au travers des relations impersonnelles de Locré. Praticien averti, doué d'une clairvoyance pénétrante, il avait assisté en spectateur actif à la courte mais bien significative histoire de la loi de pluviôse. Il avait su ne pas s'arrêter à des défauts qui n'étaient dus qu'aux circonstances particulièrement troubles de son application. Mais il s'était surtout rendu compte que la pratique qui avait fait de l'instruction une opération unique, inséparable dans son fonctionnement, répondait à une *nécessité permanente*. Si l'on voulait des garanties sérieuses, c'est ailleurs qu'il fallait les chercher : dans l'organisation d'une juridiction d'instruction absolument indépendante de la police judiciaire, parce que différente dans son essence, qui seule pouvait projeter un faisceau de lumière au tournant du sombre couloir où l'on entrait, sous l'Ordonnance, à l'information, pour n'en sortir que devant les instruments de torture.

Telle se présentait l'économie du premier projet : le magistrat de sûreté investi de la plénitude des pouvoirs d'instruction, le directeur du jury contrôlant et complétant à un second degré le résultat des recherches, et alors, sur un plan tout à fait différent, le Jury d'accusation précédant le Jury de jugement.

La partie du projet qui nous concerne passa, en 1804. Mais en 1808 bien des choses ont changé en dehors et au sein du Conseil d'Etat. Le comte Treilhارد perd d'abord la bataille sur le jury d'accusa-

tion, et c'est à peine si on arrive à sauver le jury de jugement. Ainsi lorsque le 4 juin 1808 l'on va aborder la discussion du sujet qui nous occupe, le système des garanties imaginé en 1804 d'après l'expérience de la Législation révolutionnaire, se présentera décapité. Alors, Cambacérès semble frappé de l'insuffisance de ces garanties. « On pourrait même envier le libéralisme de la Monarchie absolue ». Le Ministre se rend compte de l'emprise toute puissante et surnoise de la tradition que la similitude de régime favorise ; le souvenir de Calas le préoccupe ; et ce n'est pas sans une réelle anxiété qu'il s'écriera : « Est-ce que l'on ignore quels funestes préjugés s'élèvent contre l'homme qui se trouve incriminé par les premiers actes de l'instruction ? » S. A. S. le Prince archichancelier voit avec plaisir que son opinion sera consignée au procès-verbal, du moins on se souviendra qu'elle a combattu un système qu'elle croit *désastreux* ».

Il faut donc assurer au prévenu une garantie supplémentaire ; et l'on s'arrête à la formule de la séparation entre les pouvoirs de poursuite et d'instruction. C'est bien une compensation que l'on propose : « Au moment où finit l'instruction, dit le Ministre des Cultes, la procédure anglaise fait intervenir le Grand Jury. La loi de 1791 donnait également au prévenu la garantie du Jury d'Accusation. Maintenant que cette garantie n'existe pas plus que sous l'ancienne Législation monarchique, au moins faut-il rétablir les garanties accordées par l'an-

cienne Législation ». Et c'est toujours la séparation entre le Procureur et le Juge qui incarne ces garanties (1).

Désabusé et clairvoyant, Treilhard reprend la parole. D'abord il rappelle l'expérience instructive de la loi du 7 pluviôse an IX : Cette loi séparait bien, théoriquement, les pouvoirs. Qu'en est-il résulté ? Au bout de 3 ans, la pratique l'a rendue méconnaissable. Mais il y a plus : cette pratique correspond à une nécessité. Et le Rapporteur insiste sur l'utilité, le besoin inéluctable de confier les actes de recherche et d'investigation à un instrument plus actif que spéculatif (2). Mais voici l'idée fondamentale, l'argument irréfutable : « M. le Comte Treilhard craint que les pouvoirs d'investigation soient confiés au Juge d'Instruction. Il préfère, quant à lui, voir dans ces fonctions un procureur qui ne concourt point à la décision. » Et le comte Berlier précise les scrupules de son collaborateur : « On ne ferait que transporter chez le juge les préventions qu'on redoute dans la personne du Procureur Impérial. » Car si l'on a, selon l'expression euphémique, « placé » le Jury d'Accusation dans la Chambre des Magistrats, permettre au Juge d'Instruction qui en fera partie, d'y apporter ses préventions, c'est supprimer toute garantie, c'est rétablir la filière redoutable des anciennes ordonnances. Telle est la portée des

1. Séance du 7 juin 1808.

2. Même séance, rapport de Treilhard au nom de la Section.
Locré, t. XXV.

scrupules de Treilhard. Il voulait, en éloignant le Juge d'Instruction des opérations qui proprement appartiennent à la Police judiciaire, le préserver d'une prévention fatale, mais surtout assurer par ce moyen l'impartialité d'une juridiction d'instruction, défectueuse dans son principe.

Ainsi, malgré toutes les apparences, le système de la Section présentait des garanties plus réelles pour le prévenu que toutes les vaines formules auxquelles se ralliait l'assemblée. Vaines à un double point de vue : d'abord parce qu'elles témoignaient d'une négligence vraiment désinvolte du côté psychologique de la question. Vaines encore, vaines surtout, parce que tout en gravant sur la facade de leur construction la figure toute puissante du lieutenant criminel, ils laissaient subsister au second plan l'esprit de la première rédaction. Parce qu'ils édifiaient une architecture séduisante peut-être, sur des fondements ayant une destination différente dans la conception de leur premier ouvrier. C'est là qu'il faut rechercher la source de toutes les difficultés, insolubles, auxquelles se sont heurtés dès la première heure les commentateurs bénévoles du Code d'I. C.

L'on entendra souvent répéter que les textes ont « trahi » la pensée de leurs auteurs. La réalité est que les textes reproduisent alternativement deux pensées profondément différentes.

CHAPITRE II

LES POUVOIRS DE LA POLICE JUDICIAIRE DANS LES PROCÉDURES SOMMAIRES

BIBLIOGRAPHIE.

- Ortolan.* — Eléments de droit pénal, 4^e éd., t. I^{er}, p. 333-343.
- Hélie (F.).* — Traité, t. III, L. III, ch. 15.
- Garraud.* — Traité, t. III, n^o 924-936.
- Roux.* — Cours du Dr. Pénal, n^{os} 472-488 et S. 99-1-297 (note).
- Le Poittevin.* — Dictionn. des Parquets. V. Fl. Délit.
- Morizot-Thibault.* — L'instruction préparatoire, p. 158-194 et 44-54.
- * *Laborde.* — Pendant combien de temps le F. Délit autorise-t-il l'arrestation par mesure de police (Rev. Pénitentiaire, 1908, p. 932).
- Caullet.* — Des fonctions du Proc. de la République. Thèse Paris, 1909, titre II.
- Pascal.* — Le rôle judiciaire du commissaire de police. Dalloz, 1923.
- Picart.* — Exercice du droit d'arrestation par la gendarmerie. Sirey, 1929.
- Cunéo.* — Les arrestations arbitraires. Th. Paris, 1902, p. 50 et suiv.
- Brack.* — Les perquisitions. Th. Paris, 1910.
- Rev. Pénit.*, 1901 (Liberté individuelle).
- Donnedieu de Vabres.* — La justice pénale d'aujourd'hui. Paris, Colin, 1929, p. 118-130.
- Rev. Pénit.*, 1925 (Rapport G. Leloir).
- Eyssaotier.* — Rev. Prat., 1883, p. 5 et suiv.
- Coulon (H.).* — Le jury correctionnel. Marchal et Billard, 1900

- Kenny* (C. S.). — (Trad. Paulian). Esquisse du Dr. crim. anglais. Giard, 1921, p. 534-551.
- Seitz*. — Les principes directeurs de la Proc. crim. en Angleterre. Paris, Rousseau, 1928 (La Procédure Somm.).
- Costis*. — Proc. criminelle. Athènes (en grec).
- Simandiras*. — Proc. crim. (Athènes, 1916, p. 131 et suiv.).
- G. I. C. Grec*. — Annoté par Malagardis. Athènes, 1925 (en grec).
— Annoté par Bouropoulos, art. 157-165 (1927).

SECTION PREMIÈRE

La procédure du flagrant délit.

§ 1. — INFLUENCE TRADITIONNELLE DU CARACTÈRE FLAGRANT DE L'INFRACTION SUR L'ORGANISATION JUDICIAIRE.

L'idée que l'état de flagrance doit entraîner une modification plus ou moins radicale des règles de la constatation et de la répression des faits délictueux est si profondément ancrée dans les législations d'environ tous les pays, mais tout particulièrement de la France, que la possibilité même d'un examen critique se présente difficilement à l'esprit.

C'est qu'en effet la tradition pèse ici de tout son poids millénaire ; « l'origine historique de l'art. 41 se perd dans la nuit des temps » (Garraud).

Pour peu que l'on en remonte cependant le courant, ce qu'on retrouve à la base de cette tradition, c'est l'idée de vengeance. Nous avons tenu à rappeler dès notre introduction la place qu'a tenue ce sentiment au point de départ des institutions pénales en général, l'impulsion qu'il leur a donnée. Lorsqu'on

se retrouve en face des réactions originales de l'instinct humain, on ne peut manquer de se rendre compte du rapport qui existe entre le degré d'intensité de ces réactions et la proximité de l'offense.

L'état de *flagrance* se produit avant tout dans la personne de la victime : c'est « la joue frappée qui est encore toute chaude ». Plus le fait accompli s'éloigne, plus le souvenir s'en refroidit. Et c'est sur le moment même de l'infraction que la colère de l'offensé atteint son point culminant. Lorsque les législations pénales se bornent à reconnaître et à sanctionner ce ressentiment, il est logique qu'elles en reconnaissent et sanctionnent aussi les proportions.

Nous sommes redevables à Ortolan d'une analyse définitive de cette situation : « Observez en cas de flagrant délit les faits qui se produisent, vous y trouverez... indignation, irritation passionnée contre le coupable, scandale plus grand et émotion populaire parmi ceux qui en sont témoins. Aussi, n'est-il pas rare de voir, surtout lorsque les législations se modèlent encore sur les instincts matériels et vindicatifs, non seulement pour chacun le droit de s'emparer de la personne du coupable surpris en flagrant délit, mais encore dans certains cas celui de le tuer, de l'exécuter sur place sans forme de procès, ou bien des peines plus fortes *sans compter les modifications de compétence ou de procédure* ». Dans sa thèse, M. le professeur Crémieu recherchant l'explication du taux variable des actions *poenae persecutoriae*, retrouve lui aussi cette « nécessité de pro-

portionner l'amende au ressentiment de l'offensé. Il fallait la porter à un taux plus ou moins élevé, suivant que la colère de celui-ci était plus ou moins grande.

Il fut un temps où l'état de flagrance affectait la gravité de la peine elle-même. « *Poema furti manifesti ex lege XII Tabularum capitalis erat* ». « *Postea quadrupli actio Praetoris edicto constituta est.* » A une époque beaucoup plus rapprochée « nous la retrouvons toujours avec cette différence de pénalité dans la constitution criminelle de Charles-Quint (Caroline) art. 158 An 1532 ; et par conséquent dans le droit commun de l'Allemagne, jusqu'à la publication des Codes particuliers » (1). Plus près encore, chez des peuples plus neufs, la « loi de Lynch » nous rappelle aujourd'hui même ces rigueurs primitives. Cette idée de peine attachée à l'état de flagrance, survivrait enfin, selon Ortolan, sous son aspect original, dans certaines dispositions du Code Pénal français : ainsi surtout les art. 97, 98, 100, 213 du C. P., qui ne prononcent la peine, très grave d'ailleurs, qu'à l'égard des rebelles saisis sur les lieux du crime, et en dispensent expressément ceux « qui n'auront été saisis que hors les lieux de la réunion séditieuse (art. 100).

Mais, dans leur ensemble, les législations modernes ont définitivement répudié l'idée de répression de la flagrance entendue au sens propre. Ce qui a survécu, ce sont les rigueurs de la procédure du flagrant

1. Ortolan, *Eléments*, p. 338.

délit, rigueurs parfois inexplicables si l'on ne se reporte aux origines de l'institution, que, dans ce seul objet, nous avons cru devoir rappeler.

Déjà, comme le constate Jousse, la Jurisprudence de la France monarchique n'admettait plus la différence de peine (1), mais elle s'applique à réduire à leur plus simple expression les formalités de la procédure. C'est d'abord les garanties de la procédure accusatoire qui disparaissent et le droit de défense lui-même qui est refusé au prévenu du fait flagrant, « vengié par l'office du juge » (2). C'est ensuite la procédure inquisitoire supprimée elle-même presque d'un bout à l'autre, pour faire suivre d'aussi près que possible la peine à l'arrestation. « Sans qu'il y eut besoin d'une plainte ou d'une dénonciation préalable (*nulla querella aut denunciazione precedenti*) le juge peut, non seulement procéder à l'enquête, mais il peut procéder jusqu'au jugement, sans observer les formes ordinaires (*juris ordine non servato*). Ainsi l'accusé pouvait, sans qu'aucune autre preuve fût nécessaire, être soumis à la torture. Aucun délai ne lui était accordé pour se défendre, aucune communication des charges ne lui était faite. Enfin, c'était une simple question de savoir s'il pouvait être puni sans une sentence du Juge » (3). Julius Clarus, Farinacius, tous les légistes de cette époque émettent

1. *Traité de la Justice criminelle*, t. IV, p. 167 (cité p. Ortolan).

2. Esmein, *op. cit.*, p. 49-50.

3. Faustin Hélie, t. III, p. 462.

l'avis que les solennités du jugement sont inutiles, qu'un « simple ordre du juge » suffit.

N'est-ce pas là « cette justice sur place » — « sans forme de procès » et qui ressemble tellement à la vengeance pour citer encore Ortolan ? Or, la « forme du procès » mise à part, il ne semble pas difficile de reconnaître les traits de cette procédure brutale, sous les formules moins mal sonnantes et les justifications plus scrupuleuses de l'instruction moderne du flagrant délit.

Les rigueurs de la procédure actuelle du flagrant délit sont de deux sortes : La première concerne l'organisation de l'instruction qui passe presque intégralement aux mains de la poursuite. La seconde émane du caractère même de cette instruction, qui est exclusivement une instruction à charge.

Nous avons essayé de faire voir au cours de notre introduction que dans un système reposant sur la culpabilité morale de l'agent, l'œuvre de l'instruction criminelle était double nécessairement. Que la preuve des éléments matériels de l'acte se compliquait d'une appréciation du degré de la participation intellectuelle de l'agent. Qu'à cet effet, la personne qualifiée pour préparer les étapes de la décision définitive ne pouvait être qu'un juge. Que dans la présence de ce magistrat et dans l'impartialité rigoureuse de ses décisions successives, se trouvaient concentrées par définition les garanties du prévenu.

Or, l'instruction est faite. au cas de flagrant délit,

par la Police judiciaire, par l'élément actif de l'organisation judiciaire. Ainsi, la garantie fondamentale de l'inculpé, l'impartialité de l'instruction, disparaît par définition de la loi. On objectera qu'il faut réserver les cas où c'est le juge d'instruction qui procède lui-même à l'information du flagrant délit en vertu de l'article 59 C.I.C. — Outre que le fait est comparativement rare il importe d'observer que le juge en ce faisant descend du piédestal où les principes du législateur le placent, pour revêtir la qualité d'un membre de la Police judiciaire, l'esprit aussi bien que la forme : « En investissant le magistrat instructeur des fonctions d'officier de la Police judiciaire, la loi lui remet inconsidérément une partie du pouvoir accusateur » (M. Albanel, juge d'instruction); instrument de l'accusation, mais conservant sous ses nouvelles fonctions la plénitude des pouvoirs du juge (1) d'autant plus dangereux, que ses actes faits en dehors de toutes garanties légales, sont des actes définitifs, et que nulle autorité supérieure ne pourra les réformer.

Nous répétons que c'est d'ailleurs là une hypothèse exceptionnelle. Dans l'immense majorité des cas l'instruction du flagrant délit revient au ministère public, ou à ses auxiliaires. Non pas *certain*s actes de l'instruction, mais bien l'instruction tout entière : « tous les actes que pourrait faire le juge d'instruction dans ce moment, les juges de paix,

1. Duverger, *Manuel du Juge d'Instruction*, t. I, p. 347 et 348.

les officiers de gendarmerie, les commissaires de police... sont autorisés à les faire (1). »

L'on nous objectera ici encore que dans les cas, du moins les plus graves, tôt ou tard le juge sera appelé à contrôler le dossier de la police, que c'est donc lui qui en définitive aura en mains la responsabilité de la procédure, qu'ainsi la garantie fondamentale que la loi a voulu établir, un moment écartée, interviendra néanmoins en temps opportun. Il n'est pas moins vrai que le travail du juge ne sera qu'un travail de seconde main, qu'il ne pourra voir, et entendre que par les sens des premiers spectateurs officiels du drame, que ce ne sont point de simples mortels qui l'auront renseigné, mais de véritables juges d'instructions intérimaires.

C'est au surplus le caractère subjectif de la preuve criminelle qui donne aux premières appréciations officielles un poids qu'elles n'auraient pas autrement. C'est bien l'accusation et ses auxiliaires qui au premier moment de l'activité judiciaire auront tenu en mains la balance si impressionnable du sort de l'inculpé. C'est leur propre langage et leur raisonnement qu'ils substitueront aux premières dépositions, déjà peu dignes de confiance. C'est à travers leur jugement que parviendra aux juges du fait l'image de cette « atmosphère d'indignation et de scandale, de cette émotion populaire » dont parle Ortolan.

« Qu'on le veuille ou non, disait M. le juge d'ins-
i. Exposé des motifs fait par M. Treilhard.

truction Guillot, les constatations de police orientent nos procédures. Combien de fois me suis-je vu impuissant à remonter le courant ! » (1).

Et comme au surplus, dans la presque généralité des cas, c'est le chef du parquet lui-même qui viendra couvrir de sa propre autorité le dossier remis au juge, il est vraisemblable qu'au problème de l'efficacité matérielle du contrôle s'ajoutera celui de sa possibilité morale. Déjà, lors des travaux préparatoires, un Conseiller d'Etat n'avait pas manqué d'en faire l'observation. Il faisait remarquer à ses collègues : « qu'il était étonnant que ceux justement qui se défiaient tellement du juge instructeur, qu'ils le faisaient suivre à chaque pas par le procureur impérial, ceux-là même croyaient sérieusement que le juge pourrait jeter une *telle défaveur* sur le procureur impérial, en recommençant l'instruction » (Corvetto).

L'on peut donc tenir pour établi que l'instruction du flagrant délit échappe au juge et revient en entier à l'organe des poursuites. Qu'il est donc vrai de dire, qu'à ce premier point de vue la loi en a fait résolument une procédure de rigueur.

Et voici maintenant une seconde constatation à l'appui de cette thèse : Les actes de cette information spéciale dépouillés de toutes garanties en font une procédure unilatérale, exclusivement « à charge ».

Si la loi ne s'est pas montrée particulièrement généreuse en formalités lorsqu'il s'est agi de régle-

1. Morizot-Thibault, *op. cit.*, p. 412.

menter les opérations d'enquête du droit commun, c'est que dans son esprit la personnalité de celui qui devait normalement y procéder, tenait lieu de toutes les garanties. En effet, l'hypothèse de l'instruction par le juge était envisagée comme l'hypothèse ordinaire. Or, l'on vient de voir que dans le cas du flagrant délit, l'ordre des fonctions se trouvait renversé. Et l'on pourrait s'attendre à ce que la loi multipliât les garanties de procédure, les garanties *réelles*, au moment où la garantie *personnelle* allait manquer.

Or, c'est justement dans ce cas que la pratique et la jurisprudence ont dispensé effectivement les organes de la police judiciaire de l'observation des formalités légales, en déclarant qu'aucune n'était prescrite à peine de nullité. Il en fut ainsi, non seulement des opérations de recherche proprement dites, mais de l'exercice même des pouvoirs de contrainte que confère l'instruction. Le juge d'instruction lui-même, par le fait qu'il agissait en qualité d'officier de police judiciaire, se trouvait dégagé de tous les scrupules auxquels l'asservissait une loi d'ailleurs peu gênante, et de ceux mêmes dont l'observation n'était point nécessairement incompatible avec la célérité de cette procédure.

C'est dans cet esprit que fut notamment résolue par la négative la question de l'application de la loi du 8 décembre 1897 à la procédure du flagrant délit, au lendemain même de la promulgation de cette loi.

Si en effet dans un arrêt du 2 février 1898 la Cour de Caën considérait en principe qu'en dehors même de l'hypothèse normale de son application, la loi nouvelle « embrassait toutes les informations qui sont faites par le juge d'instruction (celle du flagrant délit comprise), et qu'elle s'imposait aussi au procureur de la République et à ses auxiliaires lorsqu'au cas de crime flagrant ils exercent provisoirement les pouvoirs du juge d'instruction », en fait, et pour le cas concret qui l'occupait actuellement, la même Cour décidait « que la loi ne saurait être étendue à la procédure rapide du flagrant délit correctionnel, dont le but est justement d'éviter l'information préalable ».

Or, un mois plus tard, la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation (1) s'attaquait au principe lui-même et déclarait inapplicables les formalités de la loi du 8 décembre 1897, notamment aux actes d'information accomplis par le Procureur de la République en sa qualité d'officier de Police Judiciaire, et, particulièrement, à ceux dont s'occupent les articles 32 et suivants du C. I. C. La Chambre Criminelle invoquait les raisons suivantes :

D'abord que dans les travaux préparatoires de la loi du 8 décembre 1897, il n'a été question que de la procédure d'Instruction devant le Juge. Deuxièmement : que la célérité de la procédure du flagrant délit était incompatible avec l'ensemble des forma-

1. Arrêts du 12 mars 1898, 16 juin 1898, 24 décembre 1898. Rapports au Sirey 1899. I. 297.

lités de la loi du 8 décembre 1897. Enfin, un argument de texte : l'article 7 de la loi permettait au Juge d'Instruction de procéder à un interrogatoire immédiat, précisément au cas où il instruisait un flagrant délit en qualité d'officier de police judiciaire. C'est sensiblement pour les mêmes raisons que M. le Professeur R. Garraud déclare les prescriptions de la loi du 8 décembre 1897 « inconciliables avec le caractère que présente l'instruction du flagrant délit » (1).

Ces arguments sont loin d'être irréfutables.

1° L'argument de texte d'abord. L'article 7 permet au juge d'instruction, lorsqu'il se transporte au cas de flagrant délit, d'interroger immédiatement l'inculpé. Il dispense donc effectivement ce magistrat de l'obligation d'accorder un *délai* à l'inculpé, ou de surseoir à l'interrogatoire parce que l'inculpé ne serait pas assisté d'un Conseil. Mais justement « parce qu'il apporte une dérogation à un principe général, l'article 7 doit être appliqué restrictivement » (2). C'est donc à cette dispense facultative de délai qu'il faudrait limiter les libertés exorbitantes accordées au Juge d'instruction en cas de flagrant délit par l'article 7. Si l'on se reporte à la discussion de ce texte et à l'incident qui en détermina le vote (3), l'on ne peut qu'être encouragé dans cette manière de voir.

1. Garraud, *op. cit.*, t. 3, p. 263.

2. C'est le texte même de la circulaire du 10 décembre 1897.

3. Milhaud et Monteux, *op. cit.*, p. 125.

L'article 7 n'affranchirait donc point le Juge d'Instruction, soit de l'obligation de faire connaître à l'inculpé, lors de son premier interrogatoire, les faits qui lui sont imputés (art. 3, L. 8 décembre 1897), soit de l'avertir de son droit de se choisir un Conseil, et n'empêcherait point non plus l'inculpé de se présenter à ce premier interrogatoire accompagné d'un Conseil, ou de communiquer librement avec lui après l'interrogatoire, etc., etc.

2^o Toutes ces dispositions de la loi du 8 décembre 1897 ne sont en effet nullement incompatibles avec la célérité qu'exige cette procédure spéciale, ou même toute procédure sommaire, car on pourrait en dire autant, malgré l'arrêt du 2 février 1898, de l'interrogatoire des flagrants délits correctionnels (1). Quant à prétendre que la loi de 1897 est inapplicable aux instructions faites par le Ministère Public ou ses auxiliaires en vertu soit des art. 32 et suivants, C. I. C., soit de la loi du 20 mai 1863, et que ceci résulte sinon du fait même de la loi, du moins de son esprit et des travaux préparatoires, il suffirait peut-être d'un examen tant soit peu attentif des procès-verbaux pour s'apercevoir que la question a simplement été ignorée dans son ensemble ; Que s'il a été fait mention du flagrant délit dans la séance du 20 mai 1897 (2), c'est uniquement à propos de la procédure spéciale organisée

1. Roux, *op. cit.*, p. 634, note 1. Vidal et Magnol, p. 927, n^o 2.

2. Sénat, Débats parlementaires, séance du 20 mai 1897, *J. O.*, p. 830.

par l'article 1^{er} de la loi du 20 mai 1863 concernant la comparution immédiate du prévenu devant le Procureur de la République, et que c'est à l'égard seulement de cette comparution qu'on a entendu écarter l'application de l'article 2 de la loi du 8 décembre 1897, le système de la loi de 1863 ayant paru satisfaisant (1).

Les formalités substantielles de la loi de 1897 sont d'ailleurs aussi peu incompatibles avec le caractère des informations faites par le Procureur de la République ou ses auxiliaires, qu'elles ont paru l'être avec celles auxquelles il est procédé par le juge d'instruction lui-même, au cas de flagrant délit. « Si l'urgence exige de débarrasser la procédure des flagrants délits des formalités dont l'exécution serait en contradiction avec sa célérité, elle n'élève aucun motif pour dispenser de celles qui intéressent le droit de la défense et n'apportent aucun retard à la marche des opérations », dit M. Roux, et plus loin : « il serait illogique que si la loi du 8 décembre 1897 continue à s'appliquer pour le juge d'instruction malgré le flagrant délit, elle fut inapplicable dans

1. L'art. 1^{er} de la loi de 1863 dispose que l'inculpé doit être *immédiatement* conduit devant le Procureur de la République. L'art. 2 de la loi de 1897 exige plus précisément que l'inculpé, sous mandat d'amener, soit interrogé dans les 24 heures de son entrée au dépôt.

Il sembla inutile, le Commissaire du Gouvernement disait même dangereux, d'obliger les agents à représenter l'inculpé arrêté par mesure de police dans les 24 heures (on pourrait ne pas être nécessairement de cet avis).

Telle est aussi l'explication donnée par la circulaire du 10 décembre 1897.

les mêmes circonstances au Procureur de la République, qui le remplace momentanément (1).

Ainsi donc, il ne résulte ni du texte, ni de l'esprit de la loi de 1897 que les formalités protectrices qu'elle contient, dans leur généralité, sont inapplicables en cas de flagrant délit. Cette incompatibilité ne résulte pas au surplus du caractère d'urgence de la procédure de flagrance.

La question de l'interprétation de la loi reste entière.

Dans une dissertation très suggestive sous les arrêts de 1898, rapportés au Sirey, M. le professeur Roux a clairement posé les termes de la question : La Cour de Cassation, dit-il, s'est appliquée à restreindre l'application de la loi nouvelle. Elle en a fait une loi d'exception. Or, cette loi n'est au contraire qu'une partie détachée d'un ensemble de textes qui devait constituer le Code d'Instruction Criminelle futur. Elle est donc générale dans son esprit. « C'est une œuvre de Justice qui réalise la présomption d'innocence restée jusqu'ici à l'état de fiction ». C'est partant de là et aussi bien pour rendre inutile une nouvelle intervention législative, toujours lente à se produire, que la Jurisprudence aurait dû adopter une interprétation extensive de la loi de 1897, comme elle l'a déjà fait pour d'autres textes sans s'arrêter à la considération que les nullités ne peuvent être étendues (2).

1. Roux, *op. cit.*, p. 626 et 629.

2. Telle a été notamment l'attitude de la Jurisprudence vis-à-vis de l'art. 78 C. I. C. (ratures et interlignes) et de l'art. 79 (dépositions sans prestation de serment).

Nous ne reproduirons pas dans ses détails cette argumentation si persuasive. Qu'il nous suffise seulement de retenir ceci, et cela nous amènera à achever notre démonstration, à savoir que la Jurisprudence, renchérissant sur la loi, a systématiquement dépouillé les opérations de la procédure de flagrant délit de toutes garanties, imprimant ainsi à cette procédure un caractère d'inutile rigueur, sans se rendre compte que ce faisant elle obéissait peut-être à la poussée obscure de la tradition.

Rigoureuse par le caractère des agents auxquels elle se trouve confiée, rigoureuse encore par le rythme et la qualité des opérations qui la constituent, la procédure des flagrants délits présente nettement les traits d'une *instruction à charge*. C'est ainsi que M. M. Garraud l'a définie au passage (t. III, p. 252) et qu'il en a rendu la véritable physionomie, malgré l'art. 37 C. I. C., et malgré la doctrine optimiste de F. Hélie (1).

Parce qu'elle est par définition une procédure rigoureuse et aussi bien incomplète, la procédure des flagrants délits devait se présenter comme l'exception. C'est ainsi que l'ont effectivement comprise les auteurs du Code d'Instruction Criminelle. Ceci résulte jusqu'à l'évidence de la lecture de leurs travaux, que nous croyons superflu d'analyser, le

1. T. III, n° 1527 : « Les Officiers de Police Judiciaire, comme le Juge d'instruction qu'ils remplacent, doivent instruire à *charge et à décharge*. L'art. 37 rappelle cette règle qui doit diriger toute la procédure criminelle, etc. etc...

sujet ayant été épuisé dans les ouvrages classiques. Qu'il suffise de rappeler une phrase de Berlier à la séance du 18 juin 1808 (1) : « Aux cas communs, disait-il, l'Instruction se fait dès l'origine par le Juge d'Instruction, sans que le Procureur ait à remplir d'autre mission que celle de requérir et conclure ». La procédure sommaire, même exceptionnellement admise, se présentait alors sous un jour beaucoup plus favorable : Limitée dans la pensée de ses auteurs aux cas d'urgence absolue, et d'extrême gravité, elle était destinée par définition à être refaite, du moins en principe, par le Juge d'Instruction. L'existence d'une juridiction d'Instruction présentait, en principe toujours, une garantie analogue, même au cas où le Juge d'Instruction informait d'office. Mais jamais la citation directe n'avait pu être envisagée à l'égard d'un cas assez grave pour justifier une mesure de détention.

Cependant la pratique suivie par la jurisprudence, encouragée par les circulaires et confirmée par les lois, étendit systématiquement la limite des procédures sommaires (2). D'une part, en effet, elle

1. Loqué, t. XXV, p. 159.

2. Lorsque Cambacérès eut proposé en faveur du crime flagrant une concession aux partisans du Ministère Public, le Ministre des Cultes, dans une intervention prophétique, signala le danger qu'il y aurait à ouvrir une brèche au principe de la séparation des compétences (Loqué, t. XXV, p. 153).

Nous avons déjà montré comment les abus futurs de la Police Judiciaire se trouvaient déjà en puissance dans le Code, œuvre de deux conceptions superposées, et que toutes les audaces de la pratique trouvaient par avance leur justification dans les textes mêmes. La Jurisprudence ne s'est pas fait faute de le prouver.

déforma la notion même de l'état de flagrance. D'autre part, elle généralisa la compétence du Procureur de la République aux infractions de toutes catégories. Enfin, « elle supprima le contrôle du Juge d'Instruction en matière de délits ». Encore faut-il ajouter qu'en déclassant de plus en plus les infractions, grâce au procédé de la « correctionnalisation » elle contribua d'autant à élargir le domaine de l'instruction sommaire.

C'est cette œuvre d'extension que nous essaierons de parcourir rapidement dans les développements qui vont suivre. Nous ne croyons pas inutile cependant de faire précéder cet exposé par une considération générale, qui, en éclairant le chemin auquel nous allons nous engager, projettera une lueur de reconnaissance sur celui que nous venons de parcourir.

Cette extension multiple des procédures sommaires, et des pouvoirs correspondants de la Police judiciaire est un fait patent.

Quelles sont les raisons qui ont déterminé le monde judiciaire à entrer dans cette voie ?

Réserve faite des arguments d'interprétation que nous discuterons en temps et lieu, ce que l'on a ordinairement proposé pour appuyer cette extension des pouvoirs de la police judiciaire c'est le motif d'urgence et de commodité.

Il est loin d'être certain cependant, en raison, que l'évidence matérielle du délit justifie par définition un traitement plus rigoureux du prévenu. Et même

la certitude matérielle de sa culpabilité, quand elle serait, ce qui se concevrait avec une définition beaucoup plus étroite de la flagrance, ne suffirait pas à supprimer les garanties d'une bonne instruction : « L'œuvre de la Justice doit être patiente pour être complète. Les magistrats ont une tendance manifeste à ne prendre de l'affaire que ce qui émerge à première vue. On ne saurait user de trop de précautions, lorsqu'il s'agit de l'institution de la justice. Les investigations lentes seules permettent d'éviter les erreurs, d'apprécier le mobile qui a conduit l'inculpé, les circonstances auxquelles il a été mêlé, et de présenter aux juges, avec les faits, les éléments qui leur permettront de proportionner la peine avec l'infraction commise. C'est une condition inéluctable de la justice. » Dans une publication plus ancienne, M. Dépeiges disait déjà : « l'auteur présumé du crime n'est-il pas seul et sans défense en présence de l'appareil judiciaire ? Les premières déclarations, si elles sont confuses et hésitantes ne peuvent-elles pas le perdre ? et n'y a-t-il pas quelque inconséquence à l'interroger sans l'assistance d'un Conseil, alors que s'il avait été arrêté en dehors du flagrant délit il aurait reçu l'avertissement salutaire qu'il peut ne pas répondre dans le trouble de son arrestation ? »

Ceci nous amène naturellement à envisager une autre explication possible du motif d'urgence, et il y a des raisons sérieuses de croire qu'elle nous mettra sur la bonne piste. Voici ce que l'on trouve dans

une très ancienne circulaire d'un chef de Parquet : « Dès qu'il se transporte sur les lieux, le Procureur de la République doit interroger avec soin le prévenu dans le moment du trouble où la vérité s'échappe plus facilement de sa bouche (1). » « Le flagrant délit équivalait à l'aveu, dit encore M. Garraud (2) : C'est à cette situation que se rapportent toutes ces institutions du droit primitif qui ont leur racine dans le sentiment instinctif de la vengeance, et les difficultés de se procurer une preuve en dehors du flagrant délit, institutions que la civilisation a transformées et régularisées mais qu'elle n'a pu détruire. »

Ainsi donc, voilà à quoi se ramènerait la justification de la procédure d'urgence : surprendre l'aveu dans un moment de trouble et s'épargner ainsi les inconvénients d'une recherche plus minutieuse. Mais si l'on pouvait légitimer ainsi une procédure expéditive à une époque où le système des preuves était plus que rudimentaire, si l'on peut s'expliquer encore aujourd'hui le zèle des praticiens les moins éclairés ou les moins scrupuleux à étendre le domaine et les rigueurs de cette procédure en refusant à l'inculpé les garanties les moins inconciliables avec la célérité que soi-disant elle comporte, il est permis de se demander néanmoins si l'extension des

1. Circulaire du Procureur Général de Riom du 15 décembre 1827 V. Cautlet, *Des fonctions du Procureur de la République*, Thèse Paris, 1909.

2. *Op. cit.*, t. III, p. 233.

pouvoirs de la Police Judiciaire procédant d'un tel esprit, est à envisager avec optimisme au point de vue de la justice.

C'est ailleurs que l'on devrait chercher une justification de ces pouvoirs. Et la Législation moderne nous y engage virtuellement. En effet, si l'on doit s'éloigner de l'aveu considéré comme preuve exclusive, si en général le progrès moderne engage à se défier des preuves « personnelles » ou « subjectives », c'est vers une organisation de plus en plus technique de la preuve que semble devoir s'orienter l'œuvre de l'inquisition. Or, s'il est déjà un fait constant, c'est que le Juge d'Instruction et son lourd appareil apparaîtront de plus en plus insuffisants dans cette œuvre. C'est donc le domaine des opérations de la Police Judiciaire qui se trouvera élargi d'autant.

Ainsi l'argument d'urgence prendrait une signification technique plus profonde, plus digne, surtout plus actuelle.

Mais la loi doit alors, dès à présent, envisager de face la nouvelle réalité.

§ 2. — ESSAI D'UNE DÉFINITION DE L'ÉTAT DE FLAGRANCE

Il pourrait sembler oiseux de s'occuper ici des joutes académiques qui ont illustré le domaine du flagrant délit, lorsque sous d'autres formes les droits que la pratique s'est arrogés; s'étalent dans toute leur ampleur sans aucune sorte de voile juridique

et que l'effet des opérations est pratiquement le même (1).

Néanmoins, comme il ne s'agit pas ici à proprement parler d'une étude statique du droit et que ce qui nous attire c'est plutôt la direction imprimée aux institutions criminelles, c'est un fait d'observation qu'un mouvement quelconque gagne à être considéré par rapport à certains points fixes, à un fond plus ou moins net et immuable.

A envisager les diverses définitions qui ont été faites du flagrant délit, on arrive sans trop de peine à les comprendre dans le schéma suivant : l'état de flagrance est considéré à deux points de vue. Le côté subjectif : l'agent se trouvant « dans la chaleur de l'action ». Le côté objectif : l'Action elle-même au moment où elle se consomme. Il est certes un moment où ces deux points de vue se confondent, mais ce fait n'est constant qu'en abstraction. Par rapport aux yeux du public ou de la Justice, ce cas est le plus rare. C'est cependant de près ou de loin à celui-ci que s'attachent les législations primitives : « *Inventi in ipsa rapina* », « *deprehensus in objecto flagitio* », « *in faciendo deprehensus* », « *vestus de sa coze* », « *in flagranti repertus* » disent encore les criminalistes du xvi^e siècle, et ce n'est pas une simple réminiscence. A la veille du Code, on évoque encore « l'épée ensanglantée » ; « le délit se commet actuellement », tel est le cas. Le délit est flagrant par rapport au

1. Exemple, l'article 10, l'enquête officieuse, la délégation.

délinquant. L'ancien droit français semble s'être tenu d'assez près à la flagrance subjective (1).

Mais le dédoublement de la notion apparaît déjà nettement dans les Codes de la Révolution. Nous y reviendrons plus en détail tout à l'heure.

Il est évident que plus on s'éloigne de la notion subjective, plus la notion de flagrance elle-même perd de sa réalité. M. Garraud l'a parfaitement élucidé : « L'infraction est flagrante au moment où elle se commet, où le coupable l'exécute. Après quoi, elle cesse de l'être. Ce sont là deux états successifs par lesquels passe tout délit. » « Le soufflet sur ma joue est encore tout chaud. » « Oui. Mais qui te l'a donné ? » demande le sévère analyste qu'était Ortolan. Et plus les moyens que la civilisation mettra à la disposition des criminels seront perfectionnés, plus cette question se posera dans des termes difficiles à résoudre. En poussant la chose à l'extrême, on pourrait même prévoir le jour où la notion subjective de la flagrance, la seule rationnelle, aura perdu toute consistance.

Mais alors que reste-t-il ? le second côté de la question : la flagrance *objective* : les traces matérielles de l'action qu'il s'agit de conserver autant que possible. Mais à ce compte, toutes les infractions peuvent et doivent être flagrantes. En ce sens que dès que le crime est découvert, il doit être constaté, que ce soit loin ou près du moment où il s'est accompli, et qu'il doit être constaté avec les plus

1. F. Hélie, t. III, p. 464 (2^e édition).

minutieuses précautions techniques. Seulement la question essentielle, l'inculpation, se posera dans les mêmes termes pour toutes les infractions, à quelle date qu'elles soient découvertes. On a évidemment intérêt à appréhender le coupable. Mais cet intérêt existe quelle que soit l'infraction. Seulement, entre appréhension et inculpation, il y a une différence capitale. Et ce n'est pas parce que l'arrestation doit être facilitée dans certains cas, que l'inculpation et l'instruction doivent, dans les mêmes cas, se considérer dégagées de scrupules. Mais nous reviendrons sur ce point car il semble avoir été d'une importance déterminante dans l'orientation de la pratique française.

Une autre situation s'est tout dernièrement encore présentée, qu'il semblerait au premier abord impossible à concevoir. L'on se rend très bien compte que la flagrance objective existe en dehors de toute flagrance subjective. C'est même le cas très normal, à moins d'imaginer que derrière chaque délinquant se tiendrait en permanence un détective. Ce que l'on conçoit plus difficilement, c'est que la flagrance subjective existe séparée de la flagrance objective. Que le coupable soit surpris en flagrant délit, sans que le délit soit évident. Cependant, l'hypothèse s'est présentée et l'on s'est tout d'un coup aperçu qu'elle était de pratique courante.

Le Préfet de police ayant été informé qu'une réunion devait être tenue par les membres d'un parti politique, avait envoyé sur les lieux plusieurs com-

missaires de police et de nombreux agents. Quand la réunion fut terminée, sur l'ordre des commissaires, les agents de police appréhendèrent plusieurs personnes qu'on avait des raisons de supposer nanties d'armes prohibées, et les fouillèrent en vue de rechercher si les soupçons étaient fondés, et de constater, le cas échéant, le délit de port d'armes prohibées. L'hypothèse s'étant effectivement réalisée, sur appel, la Cour de Paris eut à connaître de l'affaire. Le 28 juillet 1925, elle rendait un arrêt curieux à plus d'un point de vue, et qui, pour le cas spécial nous concernant, déclarait que le délit de port d'armes prohibées était non seulement consommé, mais flagrant, ce qui justifiait le pouvoir d'arrestation et de fouille que s'étaient arrogés les agents. Il est difficile de concevoir comment, lorsqu'il est prouvé que l'arme était cachée et ne pouvait être vue des agents, que, d'autre part, aucune sorte de clameur ou de rumeur publique ne dénonçait le port d'armes, le délit pouvait être considéré comme flagrant. Ce n'est en tous les cas pas la Cour de Paris qui l'a expliqué. Dans son argumentation aussi laborieuse qu'hésitante, ce qui frappe, c'est qu'elle a confondu ou qu'elle a voulu confondre la « consommation du délit » qui en droit autorisait les poursuites, avec sa « flagrance » qui seule aurait pu légitimer l'arrestation, la fouille et la constatation : « Considérant que vainement la défense soutient que pour que le délit fût flagrant, il importait que l'arme eût été vue entre les mains de celui qui la portait,

ou que la clameur publique l'eût dénoncé ; que le texte de la loi (1) n'exige nullement ces éléments comme indispensables pour la *consommation* du délit, qu'il se borne uniquement à viser le port d'arme prohibée, sans aucune autre condition ; *que le flagrant délit se trouve donc perpétré*, sans qu'il y ait lieu de distinguer si l'arme était portée d'une manière apparente ou cachée.

Que la Cour ait hésité à se contenter de pareils arguments, c'est ce dont il est facile de se rendre compte en lisant l'arrêt. En effet, elle invoque subsidiairement les pouvoirs dont seraient investis les agents en vertu d'un texte qu'on n'est pas étonné de retrouver dans un cas aussi embarrassant, l'art. 10 C. I. C. ; sans compter que la fragilité de cette seconde construction l'oblige à recourir, enfin, au seul argument sans réplique : la nécessité : « soutenir le contraire, serait rendre purement théorique et pratiquement irréalisable la sanction de la loi de 1834, comme serait impossible par exemple la répression du vagabondage, ce délit ne se décelant pas, non plus par lui-même, et ne pouvant être matériellement établi qu'après l'intervention de la police. »

C'est qu'en effet la portée du problème soulevé, dépasse l'hypothèse du port d'arme prohibée, ainsi que le remarque M. le Professeur Marcel Nast sous l'arrêt rapporté au Dalloz 1926-1,49-51. Le cas pourrait se présenter pour le port de stupéfiants

1. Loi du 24 mai 1834, art. 1.

puni par l'art. 3 de la loi du 12 juillet 1916. Il pourrait encore se présenter en matière de vagabondage. L'arrêt, tout en posant la question, la résout implicitement d'une manière que nous ne pouvons malheureusement pas retenir en droit. En 1906, M. C. Morizot-Thibault insistait déjà sur la gravité de la question ; considérant que la pratique se permet d'arrêter, en dehors de la flagrance, tout délinquant qu'on pourra présumer en état de vagabondage « le mal est, dit-il, que dans la pratique les agents, comme les magistrats, viendront souvent à se servir de ce moyen pour tourner la loi. L'on m'arrête pour un abus de confiance commis depuis un long temps. Je proteste, mais l'on me dit que je suis en état de vagabondage. C'est une inculpation facile ; car comme il y a dans ce dernier délit deux conditions qui peuvent sans cesse être supposées, lorsque je ne suis nanti d'aucune somme d'argent, le vagabondage se présumera toujours. J'affirme que je suis domicilié, que je me livre habituellement au travail « nous allons vérifier vos allégations, me répond le magistrat » (1). A la Société des Prisons, en 1901, M. Prudhomme juge au Tribunal de Lille ne contestait pas cet étrange abus de la notion de flagrance ; M. Garçon ayant dénoncé les détentions arbitraires de 8, de 10, de 15 jours, au moyen du « billet d'écrou », ce magistrat expliqua que la plupart avaient lieu à la suite d'arrestations pour flagrant délit de vagabondage. Cette détention de

1. Morizot-Thibault, *op. cit.*, p. 181.

plusieurs jours était nécessaire pour que le Parquet put concentrer les renseignements qui serviraient à établir *l'existence* même du délit que cependant sa *flagrance* avait procédée !

Enfin, par une application moins évidente de la même idée, une pratique immémoriale permet à toute personne d'arrêter et remettre à la Justice toute personne prévenue d'un délit, pourvu que son identité soit ignorée ou qu'elle n'ait pas de domicile certain (1). Et si l'on voulait maintenant remonter au principe même de cette solution, on ne serait pas loin de conclure avec M. le Professeur Nast que sur le simple soupçon d'un délit, un agent quelconque, pourrait, non seulement arrêter le premier venu, mais le mettant en état d'inculpation, se livrer à des perquisitions sur sa personne en son domicile, etc... Voici où nous ont conduit les abus de la notion de *flagrance* subjective.

Nous allons prendre maintenant la face opposée de la question, pour rencontrer cette fois un système d'abus devenu classique. Il s'agit de cette notion de *flagrance* que M. le Professeur Garraud a appelé objective. Ce n'est plus ici le délinquant surpris sur le fait, ou à quelques pas de là « lui ensanglanté et son épée » (Rousseaud de la Combe). C'est le fait lui-même qui devient patent plus ou moins longtemps après qu'il a été commis. L'on conçoit qu'il y ait ici des mesures de conservation

1. Dalloz, Jur. Génér. Suppl. v^o Proc. Criminelle, n^o 603. Dalloz, code d'instruction Crim. annoté, art. 106, n^o 29.

à prendre pour les traces et indices, des relevés techniques à opérer, des actes plus ou moins urgents selon qu'on se trouve à une époque plus ou moins éloignée de l'accomplissement de l'acte. Ce caractère matériel de la flagrance, bien distinct du caractère personnel, un texte de loi grec l'a assez explicitement rendu : « Lorsque l'auteur est surpris en flagrant délit, ou lorsque *du retard des opérations*, il pourrait résulter un péril, les « agents de l'Instruction » doivent se livrer aux actes énumérés. La distinction n'a pas échappé au législateur de Brumaire an IV, il en a même perçu le côté pratique : art. 62 : « En cas de flagrant délit, tout dépositaire de la force publique et même tout citoyen est tenu de saisir le prévenu et de l'amener devant le juge de paix. » Art. 63 : « *A cet égard*, la loi assimile au cas de flagrant délit celui où le délinquant surpris au milieu de son crime est poursuivi par la clameur publique, et celui où un homme est trouvé saisi d'effets, armes, instruments ou papiers, servant à faire présumer qu'il est l'auteur d'un délit. Assimilation bien étendue dans ses derniers termes, dit Ortolan, mais que le Code de Brumaire *n'établissait qu'à l'égard de la nécessité de saisir cette personne et de la conduire devant le juge de paix* (1). Le Code aurait pu aller plus loin encore dans cette voie. L'exemple anglais que tout le monde avait sous les yeux n'était pas pour l'arrêter. En effet, la législation anglaise n'attache pas le droit

1. Ortolan, *op. cit.*, p. 339.

d'arrestation à la flagrance du délit. Tant la common law, que les statuts modernes accordent aux agents ou aux particuliers un droit très étendu d'arrestation, en dehors de toute flagrance, qui va jusqu'au simple soupçon et s'étend au cas même, lorsqu'il s'agit d'un agent public, où le délit dont il soupçonne la personne arrêtée n'aurait pas été effectivement perpétré (1). Mais ce droit d'arrestation n'a aucune influence sur l'instruction proprement dite. Il n'est pas lié à la qualité de cette instruction, il ne l'*entraîne* pas.

Car c'est là que nous voulons en venir. Le tort de la législation française (des législations continentales en général) a été de lier le droit d'arrestation à une certaine qualité d'instruction considérée d'ailleurs comme exceptionnelle. Ce qui n'a pas empêché le droit d'arrestation de s'étendre et, conséquence plus grave, d'entraîner à sa suite l'instruction sommaire, au lieu que celle-ci n'avait de raison d'être (et encore cela n'est pas indiscutable) qu'au cas où la culpabilité matérielle du prévenu était certaine, au cas où la flagrance subjective coïncidait avec la flagrance objective.

Dans l'état actuel des mœurs et de la technique criminelle, le droit de saisie est une nécessité. « Toutes les fois qu'un individu et surtout une victime, disait M. Garçon en 1901, croit découvrir le délinquant, son premier mouvement est de l'appréhender.

1. Kenny, *op. cit.*, traduction Paulian, p. 559.

Il est difficile de méconnaître la légitimité de cet acte. Nous avons déjà rappelé comment dans la technique même actuelle de l'instruction et du système des preuves, la présence de l'inculpé envisagée comme moyen de preuve, était indispensable.

Pour limiter les abus qu'elle craignait, la loi enfermait le droit d'arrestation dans le cadre d'une procédure exceptionnelle, à laquelle elle le rattachait indissolublement. La pratique n'avait qu'un seul moyen pour étendre le droit d'arrestation. C'était d'étendre la notion de flagrant délit. La preuve en est que lorsque le législateur s'est vu obligé de consacrer cette extension (loi de 1863) il reconnut d'abord le droit d'arrestation de la Police judiciaire. Cette préoccupation l'absorba même à tel point que depuis les auteurs et la Jurisprudence ne tariront pas de se demander si, avec l'arrestation, le législateur a voulu reconnaître à la police judiciaire les autres pouvoirs d'instruction qui s'y trouvaient liés par la tradition. Mais, nous n'avons pas encore à nous occuper de ce côté de la question.

C'est de la notion de flagrance qu'il s'agit ici et de la déformation dont elle a été l'objet. Et il faut dire que la pratique avait beau jeu à s'y livrer. En effet, si la volonté très nettement exprimée du législateur de 1808 était de faire du flagrant délit une procédure d'exception, d'un caractère tout à fait provisoire, combien peu précis au contraire les termes qu'il a employés pour le définir : Le délit qui vient de se commettre, — « à un temps voisin » du

délit — poursuivi par la « *clameur* » publique... Et s'il est absolument certain que dans l'esprit de Cambacérès les pouvoirs que l'état de flagrance conférait à la police judiciaire avaient un caractère tout à fait provisoire et cessaient avec cet état de flagrance lui-même, comment oublier que tout le code est imprégné de l'esprit de son premier rédacteur, qui fut aussi le second, que l'animateur de l'instruction dans la conception de Treilhard, c'était le chef de la police judiciaire.

L'on s'est aperçu de l'imprécision des textes lors de la deuxième rédaction en 1808 (séance du 18 juin Locré t. XXV).

M. Beugnot dit : « que ces mots dans un temps voisin du délit sont trop vagues, car ils peuvent signifier également quelques heures, quelques jours quelques mois (1) ».

M. Berlier « trouve bien vagues ces expressions dans un temps voisin du délit ; si elles subsistent, il ne fait nul doute que bien que la mesure du temps soit de sa nature uniforme, cette mesure sera diversement entendue et appréciée ce qui serait un grand

1. « Le sens du flagrant délit doit être très limité, et l'action de la Gendarmerie ne doit pas s'étendre au-delà de l'instant où le coupable a été surpris sur le fait même *ou quelques heures après* ». Commentaire officiel à l'art. 101 du Règlement de la Gendarmerie Grecque, publié au *Journal Officiel Grec*, à la suite de ce règlement.

L'art. 168 du C. I. Crim. grec est très analogue à l'art. 41 du C. I. C. Français, avec cette différence que plus fidèle à la tradition romaine, il exige que le coupable « soit trouvé *près du lieu du délit au moment du délit* » (entendre ce mot : « dans le moment qui a suivi le délit »).

mal... ». M. Berlier avait le sens prophétique, mais on ne s'arrêta pas à la limite des 24 heures qu'il proposait, et la solution de Cambacérès laissa subsister l'imprécision du texte.

En 1863 la nécessité d'une définition précise de la flagrance se fit sentir d'une manière plus impérieuse encore, puisque pour toute une catégorie de prévenus, la flagrance allait avoir pour effet de supprimer l'instruction. Et en effet la Commission du Corps législatif avait été saisie d'un amendement portant : « Sera seul réputé flagrant délit, pour l'application de la loi le délit qui se commet actuellement. » Cet amendement fut rejeté par la Commission. Toutefois, dans son rapport M. Edouard Dalloz a fait la déclaration suivante : « Sans l'écrire dans la loi et tout en se reposant sur le pouvoir discrétionnaire du Ministère Public votre Commission a la pensée que le projet en discussion s'appliquera — et elle tient à le mentionner — presque exclusivement aux deux premiers cas mentionnés dans l'article 41, c'est-à-dire au cas où le délit se commet actuellement et où il vient de se commettre (1). » M. Garraud en conclut fort justement,

1. Il est tout à fait intéressant de rappeler ici la doctrine d'un ancien arrêt de la Cour de Cassation du 30 Mai 1823 (*J. du Pal.* t. XVII, p. 1143) combattu avec passion par Faustin Hélie. Pour permettre l'arrestation en cas de délit correctionnel flagrant, cet arrêt scindait l'art. 106 en deux parties. Cette scission donnait à l'art. 106 le sens suivant : l'arrestation par mesure de police est permise qu'il s'agisse de crime ou de délit flagrant, se commettant actuellement ou venant de se commettre. L'arrestation n'est plus permise en matière de délit correctionnel quasi-flagrant

devancé en cela par la pratique « que la loi du 20 Mai 1863 n'établit en réalité aucune sorte de restriction et qu'elle s'applique à tous les cas assimilés au flagrant délit, comme au flagrant délit lui-même ».

MM. les Professeurs Garraud et Laborde (1) ont cependant soutenu que le « sens de ces expressions dans un temps voisin du délit, vague et élastique avant la loi de 1863 paraît avoir été précisé depuis. Et l'interprétation naturelle qui en résulte est confirmée par la loi du 8 décembre 1897 (nouvel art. 9) ». Il nous semble qu'à nous placer même au point de vue spécial qui occupe les éminents auteurs, l'arrestation policière, ces lois n'ont pas apporté une précision qu'il serait d'ailleurs impossible de faire respecter en pratique, si l'on continuait à rattacher le droit d'arrestation au flagrant délit.

Prenons d'abord la loi du 20 mai 1863 : Article 1^{er} : « Tout inculpé arrêté en flagrant délit pour un fait puni de peines correctionnelles est immédiatement conduit devant le Procureur qui l'interroge, et s'il y a lieu, le traduit sur le champ à l'audience du Tribunal ; article 2 : S'il n'y a point d'audience, le Procureur est tenu de faire citer l'inculpé pour l'audience du lendemain. »

mais seulement, dans ce cas, s'il s'agit de crime. C'est en somme le contenu de la déclaration de M. Dalloz, rapporteur de la Loi du 20 Mai 1863. F. Hélie avait d'ailleurs parfaitement raison contre la Cour de Cassation, parce que l'art. 106 est logiquement inscindable. *Traité*, t. III, n° 1519, 1520 et 1521.

1. *Revue pénitentiaire*, 1908, p. 932, article précité de M. Laborde. Garraud *op. cit.*, t. III, p. 241.

« La loi, dit M. Laborde, donne au Procureur de la République jusqu'au lendemain inclusivement pour faire comparaître l'inculpé arrêté devant le Tribunal correctionnel selon la procédure qu'elle organise. *Donc*, virtuellement elle autorise son arrestation pendant le même délai (*Loc. cit.*, p. 932). M. Garraud précise l'expression « jusqu'au lendemain » : « La loi donne au Procureur jusqu'au lendemain du jour du délit pour faire comparaître le prévenu. La flagrance du délit dure *donc* tout le reste du jour *depuis le moment où le délit a été commis*, et tout le lendemain. Ce délai expiré, il serait trop tard pour arrêter sans mandat l'auteur présumé d'un crime ou d'un délit. »

Nous nous permettons de faire remarquer que la loi du 20 mai 1863 ne s'occupe nulle part « du moment où le délit aurait été commis ». La loi dit que l'individu arrêté doit être conduit *immédiatement* devant le Procureur de la République qui le cite au jour même ou au lendemain. Si nous admettons que le mot immédiatement est pris dans un sens impératif, comme synonyme de « au moment même où il a été arrêté » (1), il en résultera tout au plus que *l'état d'arrestation* ne pourrait se maintenir plus de 48 heures. Mais il n'en ressortirait nullement que l'arrestation elle-même ne pourrait avoir lieu qu'au moment de la commission du délit. Car c'est l'hypothèse qu'on doit envisager si l'on admet

1. Nous verrons que tel n'est pas le sens du mot *immédiatement*.

avec les éminents auteurs que : « la loi donne au Procureur jusqu'au lendemain du délit pour faire comparaître le prévenu devant le Tribunal Correctionnel. » Si la loi entend par le mot « immédiatement » que l'état d'arrestation ne peut se prolonger plus de 48 heures à partir du moment où le prévenu a été arrêté par l'agent jusqu'au moment de sa comparution à la barre, elle ne limite ni explicitement, ni semble-t-il implicitement, le temps qui pourra s'écouler entre le délit et l'arrestation, et passé lequel celle-ci serait arbitraire. Elle ne précise point en un mot le *temps de flagrance*.

Mais voyons maintenant si la loi du 8 décembre 1897 apporte plus de précision à cette notion de l'état de flagrance. L'article 2 de cette loi (modifiant l'art. 93 C. I. C.) décide que l'inculpé arrêté en vertu d'un mandat d'amener devra être interrogé dans les 24 heures au plus tard de son entrée dans la maison d'arrêt. Se référant à ce texte, les auteurs cités en concluent que « le but de la loi de 1897, qui est le même que celui de la loi du 20 mai 1863, est donc de permettre une arrestation par mesure de police tout le jour du délit et le lendemain.

La loi de 1897 vise l'individu arrêté en vertu d'un mandat ce qui entre parenthèse est une opération assez différente d'une simple arrestation policière. Mais en assimilant pour les besoins de la cause, l'arrestation par mandat avec l'arrestation policière, nous voyons bien, encore une fois, que la loi de 1897 prescrit que l'état d'arrestation ne pourra se

prolonger au-delà de 48 heures, et, cette fois, à peine de mise en liberté immédiate, mais ce que nous ne voyons pas, encore une fois, peut-être parce que la loi ne le dit pas, c'est à quel moment l'arrestation pourra avoir lieu, pendant combien de temps après l'acte une arrestation par mesure de police sera possible, ou pour reprendre les termes généraux de notre problème, « quelle est la limite du temps de flagrance ». Mais en supposant même que l'art. 2 de la loi de 1897 ait résolu la question pour les individus placés sous mandat d'amener, il résulte des travaux préparatoires (1) que cet article 2 est justement *le seul texte, de la loi du 8 décembre 1897*, que le législateur a entendu expressément écarter de l'hypothèse des flagrants délits. L'art. 2 du rapport de M. Dupuy était ainsi conçu :

« Toute personne mise en arrestation, doit, dans les 24 heures au plus tard, à compter de cette arrestation, comparaître devant le Procureur de la République ou devant le Magistrat qui a décerné le mandat d'amener, si l'arrestation a eu lieu en cette forme. »

M. Couturier, commissaire du Gouvernement, combattit l'article. Il fit observer qu'en province lorsqu'un inculpé est arrêté en flagrant délit loin du chef lieu d'arrondissement, ce n'est que deux ou trois jours après son arrestation que son transfert devient possible au chef-lieu. Ainsi, concluait-il,

1. *J. O.*, Sénat, Déb. Parlem., séance du 20 mai 1897, p. 840 ; Milhaud et Monteux, *op. cit.*, p. 40.

des malfaiteurs dangereux pris en flagrant délit qui n'auraient pu être conduits dans les 24 heures devant le Procureur de la République, devraient être remis en liberté si l'on adoptait l'article.

Le Rapporteur répondit au commissaire du Gouvernement que la loi ne s'occupait pas des flagrants délits. Et l'art. 2 de la loi fut rédigé dans sa forme définitive en termes moins larges que l'art. 2 du rapport. La circulaire du 10 décembre 1897, déjà citée, est tout aussi explicite (1).

Ainsi rien dans les textes légaux ne fixe la durée de ce temps voisin du délit. Ce n'était certes pas à la pratique d'entrer la première dans cette voie.

Nous ne nous livrerons pas à l'analyse détaillée des espèces. Ne procédant d'aucun principe certain, elles ne pouvaient apporter aucune précision à la

1. Le terme de l'art. 1 de la loi du 20 mai 1863 « tout individu arrêté *sera immédiatement* conduit »... n'a donc pas, selon le législateur de 1897 de signification rigoureuse.

Ainsi, non seulement cette loi du 28 mai 1863 ne précise point le temps pendant lequel, le délit étant considéré comme flagrant, l'arrestation pourra légitimement se produire sans mandat, mais elle ne limite pas non plus la durée de cet état d'arrestation qui commence à partir de l'arrestation et prend fin au moment où le prévenu est remis entre les mains du Procureur de la République.

Il y a même plus : la loi n'a même pas fixé de limites rigoureuses au mandat que décerne le Procureur après avoir interrogé le prévenu. En effet, lorsque le Tribunal prononce le renvoi pour permettre au Ministère Public de compléter son dossier, *il confirme* le mandat de dépôt ; c'est l'expression consacrée. Ainsi la détention préventive de l'inculpé, car c'en est une, peut durer indéfiniment. Si des abus n'ont pas lieu, la faute n'en est pas à la loi, qui cependant ne se proposait que de supprimer la détention préventive (cf. aussi Eyssautier *in Revue pratique du Droit*, année 1883, t. 52, p. 5 et suivantes).

notion de flagrance. C'est une notion vouée à l'arbitraire le plus absolu. Rappelons cependant l'hypothèse consacrée par l'arrêt du 15 mars 1890 (1) ; la découverte d'un cadavre est assimilée au flagrant délit, si la mort est suspecte. Le commissaire de police se transporte sur les lieux et instruit l'affaire comme s'il s'agissait d'un flagrant délit (2). Autre solution, rappelée par un arrêt de la Cour de Cassation du 19 juin 1913, (3) : le Procureur de la République qui ne se rend sur les lieux que le lendemain d'un crime, dresse des procès-verbaux qui pourront être joints valablement à la procédure régulière de l'information. Arrêt de la Cour de Cassation du 1^{er} septembre 1831 déclarant valable un procès-verbal de perquisition opérée « long-temps » dit l'arrêt après que la clameur publique eut dénoncé le crime (4).

Mais nous envisagerons l'hypothèse dans son ensemble à propos des enquêtes officieuses, car l'abus de la notion de flagrance a ce résultat singulier, non pas de vicier radicalement les actes d'instruction et les procès-verbaux correspondants mais tout simplement de leur attribuer qualité de documents officieux. « Depuis 1908, dit un juge

1. *Bull. Crim.*, n° 58, — *Contra* : Douai, 20 avril 1899 ; cf. Caullet, *op. cit.*, p. 365.

2. Loi du 16 septembre 1791. V. Pascal, *op. cit.*, p. 52.

3. *Bull. crim.*, n° 300.

4. Cet arrêt soulève en réalité le problème d'une définition de la flagrance spéciale pour l'hypothèse du délit continu. Comp. l'opinion extensive de M. le Professeur Hugueney in. *Bull. de la Société d'Et. Législatives*, 1927, p. 166.

suppléant dans un livre, consacré à la défense et apologie des enquêtes officieuses, l'œuvre de la Jurisprudence a consisté toujours à étendre sous le couvert du flagrant délit le droit de capture par mesure de police, tellement en dehors des limites tracées par le Code I.C., que bien des arrestations utiles souvent, mais arbitraires se sont produites au cours d'enquêtes officieuses, grâce au procédé blâmable entre tous, qui consiste à dénommer mensongèrement celles-ci instructions en flagrant délit » (1). Plus loin, le même auteur déclare « qu'on est obligé de reconnaître que le Procureur de la République a la faculté d'ordonner directement l'arrestation par mesure de police, sauf à prendre ensuite telle mesure qu'il appartiendra ».

Un Commissaire de Police (2) nous enseigne que « lorsque les investigations des commissaires de police restent sans résultat, ils avisent la brigade mobile : Il est certain que le temps du flagrant délit est passé. Les perquisitions, saisies, arrestations, qui seront faites par la brigade mobile, seront néanmoins effectuées *sous le couvert de la flagrance du délit* ».

Un capitaine de gendarmerie (3) considère qu'il est impossible de limiter le délai d'arrestation à 48 heures (comme le voudrait M. Garraud) car « il est souvent impossible de préciser à quelques heures

1. Nadau, *op. cit.*, p. 138 et suivantes.

2. Pascal, *op. cit.*, p. 48.

3. Picard, *op. cit.*, p. 26.

près, et même à quelques jours près, la date de l'infraction » et que « ne pas procéder à l'arrestation sous le prétexte que le fait délictueux peut remonter à plus de deux jours, serait contraire à tout bon sens ».

M. Morizot-Thibault (1) raconte qu'un jour qu'il était de service au petit Parquet, on lui amena un individu inculpé d'abus de confiance, et arrêté en flagrant délit trois mois après que le délit lui-même avait été constaté. « Mon greffier ne manifestait aucune surprise. — Cela, me dit-il, se produit tous les jours, la police arrête couramment en dehors du flagrant délit. — Et que faites-vous de ces inculpés ? — Mais, nous les gardons !... » Nous croyons bon en fin de ces citations de reproduire cette page saisissante de M. Garraud, qui à elle seule suffit à résumer le problème :

« La pratique a interprété si largement la notion de flagrant délit qu'une sorte de clameur de haro s'est trouvée rétablie. D'une part, en effet, pour qu'il y ait flagrant délit, il n'est pas indispensable que le public soit matériellement à la poursuite du présumé coupable qui a fui. Ce que la jurisprudence exige, c'est que le cri public désigne un individu comme l'auteur du crime qui vient d'être commis, et rien n'est plus extensible qu'une condition ainsi formulée.

« D'autre part, il suffit que l'individu saisi, soit trouvé porteur d'effets, d'objets, etc... dans un

1 *Op. cit.*, p. 179.

temps voisin du délit pour que l'arrestation soit possible ; et aucune autre précision de temps n'étant faite par la loi, il y a lieu de s'en rapporter à l'appréciation des tribunaux (1). »

Ce qui saute aux yeux dans tout cela, c'est que l'extension indéfinie de cette notion de flagrance n'a été le plus souvent qu'un prétexte à l'extension du droit d'arrestation. Ramenée dans ses limites rationnelles, subjectives en même temps qu'objectives, elle eut peut-être justifié l'emploi d'une procédure sommaire contre un coupable matériellement certain. Elle eut enfermé le droit d'arrestation dans des limites éminemment dangereuses pour l'ordre social. Etendue au contraire jusqu'à l'extrême degré de son élasticité, elle élargissait en même temps le droit d'arrestation, sans arriver toutefois à l'adapter aux nécessités pratiques. Mais, résultat autrement grave, elle entraînait, à la suite du droit d'arrestation la généralisation de ces mesures d'instruction dites sommaires d'une qualité douteuse, pardonnable encore, en l'état de nos mœurs contre un coupable matériellement convaincu, inadmissibles en bonne justice à l'égard d'une prévention reposant tout entière sur de vagues rumeurs.

Car il ne faudrait pas se méprendre sur la portée exacte de cette extension de la notion de flagrance. Elle n'opère pas à l'égard du droit d'arrestation seul, à l'exclusion des mesures d'instruction. Si en effet la pensée du législateur de 1808 avait été de

1. *Op. cit.*, t. III, n° 844.

limiter l'intervention de la police judiciaire aux actes d'extrême urgence après quoi l'on rentrerait dans l'ordre normal des opérations et des compétences, si c'est bien là la pensée qu'a voulu traduire l'article 45, cette pensée, la pratique ne l'a pas toujours respectée, surtout à la suite de la législation de 1897. Souvent, le Parquet a attendu « quelques jours » avant de saisir le juge. Souvent les commissaires de police entendirent « à titre de témoin » celui que les magistrats devraient nécessairement retenir plus tard comme inculpé, et pendant plusieurs jours procédèrent à tous les actes d'instruction sans être tenus d'accorder à l'inculpé aucune des garanties nouvelles. Une circulaire du 4 avril 1906 a essayé de remédier à ces abus. Ses prescriptions sont significatives à bien des points de vue (1).

« D'ordinaire, c'est l'accusation qui rassemble ses preuves, prépare son dossier et poursuit sans autre instruction que celle de la police judiciaire (2). »

Aussi, depuis longtemps des criminalistes nombreux avaient-ils songé à dissocier le droit d'arrestation de la notion de flagrance. On envisageait il est vrai surtout la question du point de vue de l'extension du droit d'arrestation, tandis que c'est au contraire le côté de l'instruction qui nous intéresse. Mais les deux points de vues ont bien des points communs, et leurs solutions respectives ne seraient pas sans action réciproque.

1. Cf. Caullet, *op. cit.*, p. 395.

2. Garraud, *op. cit.*, t. III, p. 248.

Chez M. Emile Garçon, cette idée faisait partie d'une conception d'ensemble, personnelle et systématique, qu'il se faisait de la procédure d'instruction et qu'il présenta en 1898 à la Société des Prisons. Il proposait l'extension du droit d'arrestation par mesure de police, accordé par l'article 106 C.I.C. et par la loi du 20 mai 1863, en dehors de toute notion traditionnelle et à l'égal de ce qui avait lieu en Angleterre. C'était le droit de capture ou encore de « saisir et conduire » par opposition à « la mise en arrestation » qui, elle, constituait une véritable mesure d'instruction.

Une discussion très nourrie fut ouverte en 1901 à la Société des Prisons où nombre de praticiens des plus autorisés témoignèrent avec un courage souvent appréciable des abus du droit d'arrestation, sous toutes les formes judiciaires possibles qui parvenaient quotidiennement à leur connaissance. Il n'est pas sans intérêt de remarquer que lorsqu'au sein de la section il s'est agi de trouver une formule à ce droit d'arrestation, le premier moyen proposé a été de comprendre toutes les hypothèses nouvelles de l'arrestation dans la définition du flagrant délit (1). La section le rejeta, « l'extension de la définition du flagrant délit ayant paru à tous très dangereuse ». On s'arrêta à une formule très analogue à celle du droit anglais, mais aussi définitivement émancipée du flagrant délit.

On a remarqué, et avec raison, que la nécessité

1. *Rev. Pénit.*, 1901, p. 1132.

d'une distinction entre l'arrestation par mesure de police et les mesures d'instruction proprement dites avait déjà été aperçue par la jurisprudence française (2). Déjà en 1827 l'avocat général de Broë découvrait même un terme technique approprié : droit d'arrestation-capture.

Mais il est infiniment plus intéressant de relever que cette notion aurait déjà passé dans l'esprit de la législation française. Un droit d'arrestation qui ressemblerait à s'y méprendre à la capture de M. Emile Garçon est accordé aux simples gendarmes par les articles 284 alinéa 4, 281, 289 du décret de 1854 pour la gendarmerie et par les articles 152 et 153 du décret du 20 mai 1903 (1).

La reconnaissance légale de ce droit d'arrestation par mesure de police n'apporterait donc pas une révolution dans les mœurs judiciaires françaises et ne ferait que régulariser une situation établie depuis longtemps déjà dans la pratique. Des auteurs considérables se sont déclarés hostiles à cette idée, considérant son application comme incompatible avec des habitudes très profondément enracinées du caractère national. D'autres voient le danger du côté des agents de la force publique. Ils pensent comme Blackstone que « vu la nature de ces pouvoirs et l'espèce d'hommes auxquels ils sont confiés,

2. Cass., 16 mars 1893. S. 93, 1.216; Paris, 27 mars 1827. S. 27, 2.136.

1. V. Picard, *op. cit.*, p. 12 et 13; Cunéo, Thèse Paris, 1902 précitée, surtout p. 50 et suivantes.

il est peut-être bon qu'ils ne soient pas trop éclairés sur l'étendue de leur autorité » (*Commentaire des lois*, livre 1^{er}).

Quoi qu'il en soit et en nous plaçant au seul point de vue des principes et de la probité législative, nous croyons fermement et nous aurons peut-être encore l'occasion de le répéter, que la loi a tout à gagner à envisager les situations de face et qu'il est infiniment dangereux de se contenter « d'une zone vague en dehors du droit et de la loi, dominée seulement par des principes trop haut placés pour que l'on put se soucier d'en assurer l'exécution ».

§ 3. — SI LE DEGRÉ DE GRAVITÉ DES INFRACTIONS
LIMITE LES POUVOIRS DE LA POLICE JUDICIAIRE,
AU CAS DE FLAGRANT DÉLIT

Question classique s'il en fut et qui divise encore la doctrine et la jurisprudence, mais n'a jamais su troubler, semble-t-il, la marche extensive de la pratique. Des pages célèbres y ont été consacrées. Aussi, semblerait-il vain d'y revenir si l'occasion ne s'offrait extrêmement propice pour mettre en évidence les efforts juridiques de la pratique dans le but d'extension des pouvoirs de la police judiciaire.

Aussi bien dans le langage de la raison que dans celui de la loi, la limite entre le crime et le délit n'est pas plus précise que celle de la flagrance à la non-flagrance. Il était donc à prévoir qu'encore une fois la pratique aurait eu la partie belle.

Son effort a porté tout naturellement et d'abord sur le droit d'arrestation. Une loi l'a consacré. Du côté des actes d'instruction, ou plutôt de recherche, les praticiens ont pu se contenter jusqu'à présent de l'adhésion des tribunaux. Il ne reste en somme qu'un point vraiment litigieux, où cependant tout récemment encore ils ont remporté des succès marquants : C'est le domaine des perquisitions. Aussi, est-ce le seul qui nous retiendra.

a) Pour ce qui est des arrestations, rappelons pour mémoire la doctrine de l'arrêt célèbre rendu par la Cour de Cassation le 5 mai 1823. La Cour était appelée à se prononcer sur la validité d'arrestations intervenues en matière de délit correctionnel flagrant. Elle décida en substance que le droit d'arrestation spontanée n'était pas limité aux infractions criminelles flagrantes mais qu'il s'étendait aux délinquants correctionnels à condition que ceux-ci fussent surpris au moment où ils commettaient le délit, ou venaient de le faire, c'est-à-dire au cas de flagrance véritable. Faustin Hélie combattit définitivement cette doctrine, cependant intéressante : Avec la meilleure volonté du monde, il était impossible de faire croire que les rédacteurs de l'article 106 C. I. C. ignoraient la syntaxe de leur langue (1).

Mangin, pas plus que Faustin Hélie, n'avait probablement d'illusion sur la qualité des arguments de la Cour suprême. Il se faisait volontiers cepen-

1. F. Hélie, *op. cit.*, t. III, nos 1518 et suivants ; note 297° du Président Barris.

dant le porte-parole de la pratique en écrivant : « On ne comprend pas que des agents de la force publique doivent rester tranquilles spectateurs d'un délit jusqu'à ce qu'ils aient bien examiné, bien démêlé, le Code pénal à la main, si le fait constitue un crime ou un délit(1). »

Aussi, l'arrêt souvent cité de la Cour de cassation du 1^{er} septembre 1831 (S. 31.1.353) donnait dans le doute raison à l'officier qui avait agi (2) en validant ses opérations.

Cependant c'est encore Faustin Hélie qui voyait le plus juste. Le grand criminaliste se rendait compte aussi bien qu'un autre des nécessités pratiques. Aussi reconnaissait-il en principe aux agents, et même aux simples particuliers, le droit de se saisir du criminel agissant en leur présence, sans exiger d'eux des connaissances juridiques subtiles. Mais il séparait bien nettement ce droit de police de l'ensemble des mesures d'instruction. Le droit de saisir n'était pour lui, comme pour M. E. Garçon, qu'un droit de défense indispensable (3).

La pratique d'ailleurs se souciait peu des textes : « en effet, entendre la loi dans le sens strict des art. 32 et 40 C. I. C., serait condamner tous les actes journaliers accomplis par la force des choses par la Police Judiciaire », atteste M. de Molènes (4).

1. *De l'instruction écrite*, n° 220. Boitard, *Leçons sur les Codes pénaux et d'I. C.*, 4^e édition, p. 489.

2. Cf. Dalloz, *Code annoté sous art. 32*, n°s 28-37.

3. Faustin Hélie, t. III, n° 1522.

4. *Des fonctions d'officiers de police judiciaire*, p. 71 et suiv.

Que faisait-on cependant des individus arrêtés en flagrant délit correctionnel ? Faut-il croire qu'on les relâchait ou que, se conformant au dilemme légal on ouvrait des instructions régulières si l'arrestation était maintenue ? Quoiqu'il en soit le législateur a réglé cette question en 1863. Considérant le droit d'arrestation général comme un fait accompli, il se borna à décider du sort de ces individus trainés quotidiennement devant les Parquets. Il accorda donc aux Parquets le seul pouvoir d'instruction qui leur manquait encore : celui de mettre l'inculpé en détention préventive-officielle.

b. La distinction entre crimes et délits ayant ainsi cessé de présenter un intérêt quelconque, quant au droit d'arrestation, il en fut vite de même des pouvoirs d'investigation de la police judiciaire (1).

Dès le lendemain de la publication des codes, les Parquets engagèrent vivement leurs subordonnés à ne pas tenir compte des limites imposées et la Jurisprudence trouva naturellement la solution élégante de la question ; condamnés sévèrement en tant qu'actes d'instruction, ils survivaient cependant dans les dossiers d'instruction comme « simples rapports » n'ayant que la valeur de « simples renseignements » ou même réapparaissaient au cours de la Procédure orale sous les qualifications les plus méconnaissables. Ceci d'ailleurs se rattache à l'Instruction dite Officiieuse que nous aurons le loisir

1. Réserve faite des perquisitions et saisies.

d'étudier en elle-même. Reste à élucider l'apport de la loi du 20 Mai 1868 en cette matière. Les auteurs les plus qualifiés ont enseigné que cette loi réduisait impérativement les actes d'instruction au seul interrogatoire, celui ci même réservé exclusivement au Procureur de la République. La loi dit-on supprime l'instruction afin d'abrèger la détention préventive. Etrange procédé qui consiste à vouloir guérir un mal sans oser s'attaquer au mal lui-même. Ou bien l'interrogatoire sera considéré suffisant, corroboré bien entendu par les « renseignements » et « simples rapports » des agents, ce qui sera la situation ordinaire. Ou bien, il ne suffira pas à établir la culpabilité du prévenu, et l'on aura recours à la « confirmation » du mandat de dépôt pour autant qu'il sera nécessaire de compléter le dossier des renseignements. Quant à la seconde condition prétendument impérative qui réserverait au seul Procureur de la République l'instruction en flagrant délit il semblerait d'ores et déjà superflu d'en démontrer la précarité (1).

Ce qu'il faut dire, anticipant sur des développements dont la place est ailleurs c'est que la jurisprudence a réservé le nom d'actes d'instruction à ceux qui comportent l'emploi d'une contrainte matérielle. Ces actes elle ne les a pas toujours tolérés. Mais loin d'opposer à la pratique une unité de doctrine que certains auteurs se sont efforcés de lui découvrir, souvent au contraire débordée par cette

1. Pascal, *op. cit.*, p. 28.

pratique, elle s'est livrée à des prodiges d'interprétation pour légitimer ses empiètements.

c) La loi autorise-t-elle la Police judiciaire à se livrer à des perquisitions et saisies en matière de flagrant délit correctionnel ?

La question s'est posée avec une acuité toute particulière pour le *flagrant délit d'adultère*. Il n'y avait pas moyen ici de couvrir l'opération par la souple doctrine de l'arrêt précité de 1831. Depuis cet arrêt en effet les tribunaux avaient admis qu'il suffisait que l'acte ait pu présenter le caractère d'un crime flagrant, quoique n'étant qu'un délit, pour que le transport du Procureur de la République ou de ses auxiliaires et aussi bien les actes d'information qui l'auraient suivi, pussent être considérés comme réguliers (1). Ici rien de tel. L'adultère est quoi qu'on fasse un délit correctionnel. Aussi la jurisprudence, lorsque la question lui fut soumise, a dû loyalement affronter les textes légaux. Deux Cours d'appel dans l'intervalle d'un an se sont livrées un duel juridique fameux sur cette question (2).

Le 24 janvier 1908 Nîmes refusait à la Police judiciaire le droit de procéder à « des actes d'instruction proprement dits » en matière de flagrant délit lorsqu'il ne pouvait y avoir de doute sur la nature

1. Cass., 1^{er} septembre 1831. S. 31.1.353; Riom, 11 mai 1843, D. 55.2.348; Limoges, 10 février 1888. D. 89.2.244.

2. Nous laissons de côté la Jurisprudence antérieure. V. notamment : Rouen, 17 juillet 1890, *Pand. Fr.*, 1892.2.5. Tribunal correctionnel de la Seine, 14 juin 1907, *Journal du M.. P.*, 1908, n° 4834.

correctionnelle du délit (1). C'était le cas de l'adultère. Or, dans l'hypothèse même de l'adultère Douai décidait le 7 juillet 1909 (2) que la police judiciaire avait parfaitement le droit de perquisition domiciliaire.

Ces arrêts résument à eux deux tous les arguments pour ou contre l'extension des pouvoirs de Police en cas de délit correctionnel flagrant. Des auteurs célèbres ont pris parti de chaque côté : Les adversaires de l'extension ont pour eux, à les en croire, l'évidence même des textes et de la volonté qu'ils traduisent, les partisans de l'extension, réserve faite de l'argument irréfutable mais peu juridique des nécessités pratiques se sont employés à fonder en droit ces nécessités sur deux groupes de considérations : les unes tirées du code lui-même (3) les autres de la loi du 20 mai 1863 (4).

Voici en peu de mots les attendus de la doctrine restrictive qui s'honore de l'appui de F. Hélie.

L'art. 32 est le texte général. Il limite les pouvoirs du Procureur de la République et de ses auxiliaires au cas « de flagrant délit entraînant peine afflictive et infamante ». Les articles qui suivent et notamment les art. 35 et 36 (saisies et perquisitions) ne prévoient que des actes particuliers de cette instruction exceptionnelle. Ils doivent donc être ratta-

1. S. 1910.2.185.

2. S. 1910.2.187.

3. Arrêt de Douai précité. M. Roux sous Cassation, 18 février 1910. S. 1911.1.233 et M. Roux, *Cours de droit pénal*, p. 624.

4. Paris, 28 juillet 1925. D. 1926.2.51. Garraud, t. III, p. 247.

chés au texte de principe dont la teneur est incontestablement restrictive (Arrêt de la Cour de Nîmes).

« Les travaux préparatoires établissent surabondamment que le droit n'a été conféré aux officiers de police judiciaire que pour le crime flagrant » (Arrêt de Nîmes).

« L'argument tiré du fait que les art. 35 et 36 emploient les expressions le crime *ou* le délit au lieu que l'article 32 précise la notion de l'acte criminel, est sans valeur, car ces articles ont été rédigés avant que le code pénal eut donné aux expressions crime et délit la signification qu'ils comportent actuellement » (Le Poittevin).

« Le législateur de 1808 ne sachant quelle expression prévaudrait dans le Code pénal a employé indifféremment les deux formules.

« Rien dans la loi de 1863 ni dans ses travaux préparatoires ne semble imposer cette extension. L'article 1^{er} de cette loi autorise seulement à titre de mesure de police l'arrestation spontanée des individus surpris en flagrant délit, et ne permet qu'au Procureur de la République de mettre l'individu sous mandat de dépôt sans par ailleurs autoriser ce magistrat à faire d'autres actes d'instruction que l'interrogatoire du prévenu » (M. Nast sous D. 1926.2.50).

Dans une dialectique aussi attachante par sa virtuosité que par son érudition, la Cour de Douai s'est appliquée à démontrer que les perquisitions et les saisies avaient reçu une réglementation à part lors

de la rédaction des textes concernant le flagrant délit.

Sous l'empire des préoccupations de l'époque révolutionnaire qui étaient d'assurer la certitude de la répression, l'assemblée Constituante adopta malgré les vives critiques de Robespierre, et sur les explications victorieuses du rapporteur Duport, une disposition extensive, que l'article 125 du Code de Brumaire an IV emprunta textuellement à la loi de procédure pénale de 1791. C'est cet art. 125 du Code de Brumaire que l'art. 36 du C. I. C. reproduit d'une manière servile.

Au contraire les art. 32, 33 et 34 sont empruntés à l'Ordonnance de 1670 qui ne conférait au Prévôt les pouvoirs d'instruction que la généralité de ces dispositions comporte, qu'en les limitant aux cas de crimes « atroces ou de sang ».

Ainsi, selon l'arrêt, les auteurs du Code auraient établi une *gradation* entre les pouvoirs « énormes » conférés par les art. 32 et 40 au cas de crime seul, et d'autre part les pouvoirs de perquisition et saisie des art. 35 et 36 attribués à la Police Judiciaire quelle que soit la gravité de l'infraction flagrante. Suivent les arguments tirés de l'explication littérale des textes eux-mêmes : D'abord il est faux de dire que les auteurs du projet du C. I. C. n'étaient pas fixés sur la valeur respective des mots crime et délit. L'art. 1 du Code Pénal était arrêté bien avant la promulgation du Code d'Instruction criminelle. Les deux commissions travaillaient parallèlement et

étaient présidé par le même homme : Treilhard. Déjà dans le Code de Brumaire et aussi bien dans la loi du 7 Pluviose an IX le mot crime avait un sens précis, technique.

Le mot délit avait au contraire un sens générique (Code des *délits* et des peines); ainsi, employé seul, ce mot désignait aussi bien les faits criminels que les faits correctionnels. Les rédacteurs ont alternativement usé de deux procédés pour en fixer le sens : Tantôt comme dans l'art. 32 ils l'ont fait suivre de la phrase explicative « de nature à entraîner une peine afflictive et infamante », ce qui en fait nécessairement un crime. Tantôt et ce fut le cas des art. 35 et 36, ils lui juxtaposèrent le mot crime, réduisant par ce moyen le mot délit à sa valeur technique de fait puni de peine correctionnelle (1).

Ils ont usé tout particulièrement de ce dernier procédé dans la rédaction de l'art. 46 C. I. C. qui autorise les visites domiciliaires sur réquisition du maître de maison au cas de *crime ou délit* même non flagrant. Or le sens des mots est ici indiscutable car la volonté très précise des rédacteurs nous est parvenue sur ce point (2).

Quoique ce soit là une argumentation fort engageante nous nous garderons de prendre parti sur la question d'exégèse. Il est certain que le Code entier fut l'œuvre de deux inspirations successives (3)

1. Cf. Roux, *Cours de droit pénal*, p. 624.

2. Locré, t. XXV, séance 2 juin 1808. Roux sous arrêt précité.

3. Voir Ch. 1^{er} : les principes.

mais il serait risqué de faire la part de chacune dans cette occasion spéciale. Il n'est pas douteux que la première rédaction reproduisait très sensiblement le droit intermédiaire. Il est non moins douteux que le domaine du flagrant délit s'étendait dans cette conception aux faits de moyenne gravité. Aussi l'article 32 ne comprenait-il pas la restriction relative aux faits de nature à entraîner une peine afflictive et infamante. Mais la Commission du Corps législatif revenant aux principes de l'Ordonnance de 1670, proposa d'ajouter la restriction aux art. 32 et 46. Le Conseil d'Etat lui donna satisfaction quant au premier de ces textes et la lui refusa quant au second (1). Cependant les articles intermédiaires ne reçurent aucune modification. L'art. 32 devait-il les entraîner à sa suite ? C'est ce que l'ouvrage de Locré « assez incomplet sur cette partie des débats » ne peut nous permettre d'affirmer (2).

C'est pourquoi, une seconde catégorie de partisans de l'extension se sont attachés à montrer que la loi du 20 mai 1863 impliquait, elle, cette extension. Il serait d'ailleurs vain de rechercher dans les considérations aussi prudentes que sobres de M. le Professeur Garraud (t. III, p. 247) des arguments

1. Cependant Treilhard lui-même dans l'exposé qu'il fit au Corps Législatif, confondit plus d'une fois les termes crime-délit. Ainsi à propos de l'art. 46 et malgré la décision explicite du Conseil d'Etat, il parle des réquisitions du chef de maison au seul cas de « crime » commis chez lui. Voilà donc le mot crime aussi employé dans un sens générique.

2. Roux, s. Cas., 18 fév. 1910. S. 1911. I 233.

solides, ou même une argumentation quelconque en faveur de cette conception. L'arrêt précité de la Cour de Paris (4) ne fait d'ailleurs que reproduire l'opinion de l'éminent auteur. Il est certain que le Législateur de 1863 avait réservé sa sollicitude aux problèmes d'arrestation et de détention, que probablement la question des perquisitions ne s'était pas encore posée en pratique dans toute son ampleur. Mais ne serait-il pas téméraire de décider avec M. Nast, que cette loi a entendu interdire toute sorte d'instruction au cas de flagrant délit, sauf l'interrogatoire ? Et si dans le courant des opérations préliminaires la nécessité imminente d'une perquisition se présentait, que si sans y recourir l'inculpation ne saurait être maintenue le Ministère public devrait-il se borner à interroger ?

Ce qu'il faut dire c'est que la loi a ignoré la question, elle ne l'a résolue ni dans un sens ni dans l'autre.

Quant à la jurisprudence elle semblait bien s'être décidée pour la solution restrictive des pouvoirs de la Police Judiciaire.

La Cour de Cassation par une série d'arrêts avait en effet défendu au Procureur de la République et à ses auxiliaires de procéder tant à des perquisitions qu'aux saisies qui les accompagnent en dehors du crime flagrant, et lorsque le fait ne serait pas de nature à comporter des doutes sur sa véritable qualification. Cass. crim. 31 janvier 1918. D. 1918. 1. 76,

1. D. 1926. 2. 49.

29 mars 1917. D. 1921.1.48, 12 mai 1923. D. 1924.1.174, le 13 février 1925. D. 1925.1.148, Nîmes 11 octobre 1923. D. 1923.2.205. Trib. corr. d'Avignon 22 novembre 1921, *Gaz. Palais* 21 mars 1922, Trib. corr. de Narbonne 1^{er} avril 1926. D. H. 1926, p. 278, mais par un arrêt tout à fait récent, en date du 28 juillet 1925. D. 1926.2.49 la Cour de Paris décidait au contraire en termes généraux que la loi du 20 mai 1863 avait étendu le droit de perquisition au cas de délit flagrant. En fait il s'agissait d'une perquisition corporelle à la suite d'une arrestation. Or de l'avis même de M. Nast qui critique la doctrine de l'arrêt le droit de perquisition corporelle est une suite nécessaire du droit d'arrestation. Seulement il reste encore que l'arrestation elle-même était manifestement illégale (1). En tous les cas, et pour la seule question qui nous occupe ici, l'arrêt n'apporte aucun argument à l'appui de sa pétition que la loi du 20 mai 1863 aurait étendu le droit de perquisition. Disons pour en finir que la pratique s'en soucie sans doute fort peu (2).

1. Ci-dessus.

2. V. Garraud, t. III, p. 246 et Pascal, *op. cit.*

SECTION DEUXIÈME

La procédure sur citation directe.

§ 1. — INSUFFISANCE DE L'INSTRUCTION DANS LA PROCÉDURE SUR CITATION DIRECTE.

Déjà lorsque le délit était de nature à entraîner une peine afflictive et infamante le Code introduisait une exception au principe de la séparation des fonctions dans l'instruction préparatoire. Seulement cette exception n'était que provisoire. Le moment de flagrance passé, tout devait rentrer dans l'ordre normal (art. 45). Nous avons vu cependant, nous verrons encore (1) que déjà en cette hypothèse il serait exagéré de prétendre que tout *rentrait* effectivement dans l'ordre normal. Une impulsion était donnée *ab initio* à la procédure et cette impulsion émanait de l'accusation.

Or le code avait admis une dérogation beaucoup plus grave aux principes qui lui étaient chers. En permettant à l'accusation de citer directement le prévenu en justice il lui remettait implicitement le pouvoir exclusif de constituer le dossier de l'information lorsque celle-ci lui paraîtrait nécessaire. Les travaux préparatoires ne nous permettent pas sans doute de savoir si le Législateur se faisait un compte exact de la portée de l'exception qu'il intro-

1. Ci-dessous Ch. V.

duisait, s'il était en mesure de prévoir l'ampleur que lui donnerait une pratique appuyée sur l'approbation officielle de ses chefs.

Il est certain dans tous les cas que le Législateur, considérant, sans doute, l'importance secondaire des pénalités encourues lorsque cette procédure était autorisée, n'avait pas cru devoir s'arrêter aux dangers que cette procédure pourrait présenter à l'administration d'une bonne justice.

Ces dangers sont réels cependant. Ils affectent aussi bien l'instruction préparatoire que l'instruction définitive (1).

L'instruction préparatoire d'abord. Celle-ci en effet présente deux caractères particuliers. Le premier consiste en ce qu'elle est « exclusivement » à charge : c'est une information destinée uniquement à asseoir la prévention. Le second, c'est qu'elle est sommaire. C'est ce second caractère surtout qui lui assure de plus en plus les faveurs des praticiens. Nous retrouvons sans cesse sous leur plume cette justification qu'il serait vain à leurs yeux de contester ou même de le tenter : « La procédure par citation directe avec son corollaire de l'enquête préalable officieuse, est, certes la plus commode de

1. « Les pratiques d'instruction préalable et définitives rudimentaires, de jugements hâtifs, sont trop souvent la caractéristique de la juridiction correctionnelle » (Garraud, *op. cit.*, tome IV, p. 463) et plus loin : « le soin avec lequel doit être préparée la procédure d'audience pour entraîner la conviction des jurés... interviennent pour faire de la Cour d'Assises la juridiction qui certainement présente le moins de dangers d'erreurs. » (Garraud, *loc. cit.*, p. 465).

toutes. » Nous verrons ailleurs ce qu'il faut penser de cette argumentation.

Nul ne conteste que la procédure préalable ne soit qu'une procédure à charge. Elle l'est de deux façons :

D'abord parce que dans la conception même des auteurs du Code la garantie qui devait tenir lieu de toutes, résidait dans l'organisation judiciaire des fonctions. Que les fonctions d'instruction sous quelque nom qu'on les désignât ne pouvaient revenir qu'à un personnage présentant à défaut d'autres qualités techniques une impartialité humainement accessible. Que ce personnage ne pourrait être qu'un juge. Qu'en dehors de cette organisation, le prévenu ne saurait être censé bénéficier d'un examen préparatoire approfondi des charges qui pesaient sur lui, examen qu'un non-lieu serait susceptible de clore.

En dehors même de ce renversement des rôles la défense du prévenu se trouve doublement sacrifiée par cette procédure. D'abord parce que la loi du 8 décembre 1897 en étant écartée, l'inculpé ne sera pas en mesure d'établir un équilibre quelconque contre l'accusation dans la recherche des preuves. Enfin parce que la connaissance même des faits articulés ne lui parviendra qu'au moment où l'instruction définitive va s'ouvrir.

Or cette *instruction définitive* elle-même où va se trouver acculée la défense du prévenu présente-t-elle en compensation la certitude ou du moins de fortes

probabilités qu'elle arrivera à éclairer définitivement l'affaire soumise ?

Il ne nous appartient pas de faire nôtres les critiques parfois violentes, souvent intéressées, dont ont été victimes les juridictions composées exclusivement de magistrats professionnels. Nous n'irons pas jusqu'à dire que le métier « donne au juge le travers de prendre l'accusation pour une divinité d'Etat qui veut des servants fidèles » ; que « le Juge correctionnel se croit chargé de défendre le dossier du Parquet », encore moins « que sa sentence devient la consécration solennelle de la procédure répressive jusqu'alors suivie et l'acquittement une exception fâcheuse à la bonne administration de la justice », ou encore que « des condamnations n'ont été infligées que pour justifier l'emprisonnement préventif et que la loi Bérenger et l'amende ont souvent permis de sauver la face en évitant, dans une poursuite téméraire, le légitime acquittement » (1). Ce sont là impressions d'avocat et l'on sait qu'il y a une « déformation professionnelle de la barre » comme il y a une déformation professionnelle du siège. Dans des milieux différents il a été soutenu (2) que les habitudes qu'imprime au mécanisme mental « la hideuse procédure » isolent l'intelligence et la sensibilité du magistrat dans une sorte d'enceinte inaccessible au commun des mortels. Que la manière de voir et de

1. Pierre Loewel, *Tableau du Palais*. Paris, Gallimard, 1929.

2. *Revue Intern. de Sociologie*, année 1907, étude sur le magistrat, Rapport de M. Philippe et discussion.

raisonner de ceux-ci sont incompréhensibles à ceux-là, parce qu'étrangères au processus ordinaire de leur raisonnement propre. Que cette distance intellectuelle dégénère chez d'aucuns en une répugnance invincible pour tout contact direct avec le justiciable. Que la présence d'un homme de loi aux côtés de celui-ci peut seule aider à franchir cette distance (1).

Tout en donnant ces attestations pour ce qu'elles valent, on est cependant forcé de reconnaître que trop souvent le dossier constitué par l'accusation exerce plus qu'une simple influence sur la direction imprimée à la procédure dite « orale ». Qu'une confiance trop facile est souvent accordée au témoignage des « agents assermentés » couverts par l'autorité du chef hiérarchique de la Police judiciaire siégeant dans l'accusation. Qu'il n'est pas contesté bien entendu « que le Tribunal correctionnel ne peut en aucun cas faire état de documents qui n'auraient pas été communiqués à la Défense ni versés aux Débats » (2) ou encore « que le Juge ne pourrait fonder sa décision sur la connaissance personnelle qu'il aurait eue des faits » (3) mais qu'il est non

1. « Il m'est arrivé de voir des Plaideurs maladroits et inexpérimentés se donner l'apparence d'altérer la vérité quand ils la disaient alors qu'un avocat saurait avoir toujours l'air de la dire. » L'auteur a eu la charité d'épargner au Barreau la conclusion normale de son raisonnement (Philippe, In *Rev. int. soc.*, *loc. cit.*).

2. Cas. crim., 3 juin 1915, *B. crim.*, n° 111; Cas. crim., 21 décembre 1916, *B. crim.*, n° 286.

3. Cas., 13 mai 1922, *B. crim.*, n° 183, 21 avril 1923, *B. crim.* n° 171; 20 mars 1926, *D. H.*, 1926, p. 300.

moins incontestable que le Juge du fait éviterait l'annulation de sa sentence en déclarant que « ces documents mis à part les autres éléments de preuve produits ont suffi pour déterminer sa conviction » (1). Car c'est encore à Enrico Ferri qu'il faudra donner le dernier mot : « Tout le monde sait que la plupart du temps le motif prédominant qui a motivé la condamnation se trouve en dehors de tous les arguments débattus devant la Justice et se niche dans quelque circonstance imprévue, qui n'est pas formulée dans les motifs de droit ou de fait, exprimés par la sentence » (2).

Et il est non moins certain qu'à tous ces pouvoirs réunis, le prévenu ne pourrait le plus souvent apporter qu'un contre-poids illusoire. Il bénéficie en droit d'un délai de trois jours pour préparer sa défense, mais ce délai lui-même n'est que théoriquement obligatoire, le prévenu couvrant par sa comparution et son acceptation du débat, l'irrégularité commise éventuellement à son égard (art. 146 et 184 C. I. C.). Il a droit de se choisir un défenseur, mais cette assistance n'est pas obligatoire. Un amendement proposé en 1863 en vue justement de la rendre telle au moins pour les cas prévus par cette loi, fut repoussé.

Enfin le caractère sommaire de la procédure affecte aussi bien l'instruction définitive que l'instruction préparatoire, et, ce n'en est pas là le défaut

1. Cass., 29 décembre 1916. *B. crim.*, n° 300.

2. *Soc. criminelle*, p. 507.

le moins grave. Mais cet inconvénient a été poussé jusqu'à l'exagération par la législation de 1863. « Proposée par ses auteurs comme un progrès, la procédure des flagrants délits correctionnels est maintenant considérée tout autrement. La rapidité avec laquelle elle se déroule est tellement foudroyante qu'elle ne permet pas de savoir ni qui on juge, ni souvent ce qu'on juge. *A ces audiences, Thémis a réellement un bandeau sur les yeux.* » Ainsi s'exprime M. le Professeur Roux (1) et sous un arrêt de la Cour de cassation du 26 janvier 1907 le même auteur matérialise sa pensée : « C'est ce qui arrive le lendemain des grèves ou de tumulte public qui amènent devant la justice un grand nombre d'inculpés. Le Parquet renvoie les manifestants sans instruction préalable devant le Tribunal de Police correctionnelle, qui juge sur la seule déposition des agents verbalisateurs. Il y a là une cause d'erreurs judiciaires fort faciles à commettre dans les crimes des foules. » Aussi parfois au sortir des audiences correctionnelles ne peut-on s'empêcher d'évoquer, non sans une certaine amertume, cette familière physionomie du Juge Bridoye auquel Rabelais faisait jouer le résultat des procès au sort des dés, et esti-

1. *Cours de Droit pénal*, p. 631 en note. La loi du 23 juin 1921 a tenté de remédier à cet état de choses en obligeant le président d'avertir l'inculpé, et ce à peine de nullité, qu'il lui sera accordé, s'il en fait la demande, un délai de trois jours afin de préparer sa défense. Il serait à craindre qu'un inculpé, n'ayant qu'une intelligence médiocre de son véritable intérêt, ne soit trop souvent amené à renoncer à cette prérogative.

mait malgré tout qu'il ne jugeait pas plus mal qu'un autre (1). Au dire de M. Morizot-Thibault (*op. cit.*, p. 88) tant en Allemagne qu'en Autriche, l'inculpé traduit devant le Tribunal répressif par la voie de la citation directe a, si l'enquête lui paraît insuffisante ou suspecte, le droit de demander aux juges de renvoyer l'affaire au magistrat instructeur : « par où, dit l'auteur, l'on concilie suffisamment les nécessités de la pratique judiciaire avec le respect de l'individu ». Il est bien malheureux que la même solution n'ait pas prévalu en France. Les tribunaux correctionnels peuvent de leur bon gré ordonner une information supplémentaire. Ils n'y sont tenus en aucun cas. « Ils n'ont pas en effet l'obligation de suppléer à l'insuffisance des preuves » (2). Nous verrons tout à l'heure que les Tribunaux ne se reconnaissent pas le droit d'envoyer eux-mêmes une affaire à l'instruction (3) même lorsqu'ils en apprécieraient l'utilité (4).

Enfin et ce n'est pas là le résultat le moins

1. « Le Juge prétendait qu'à tort ou à travers — on ne saurait manquer condamnant un pervers. » (La Fontaine). Cette allure vertigineuse de certaines procédures, le Président Magnaud « le bon Juge » l'avait jadis qualifiée de « sport juridique » (*Rev. intern. de Soc., loc. cit.*). Cf. aussi la deuxième partie d'un article de M. Jacobson « l'abus des citations directes » dans *Rev. pol. et parl.*, année 1922, p. 56 et suiv.

2. Cass. crim., 14 février 1919. *B. crim.*, n° 44.

3. V. Morizot-Thibault, p. 88 à 89 et le fait caractéristique cité par cet auteur.

4. Telle est la physionomie extérieure du droit. Nous nous sommes laissés dire cependant qu'en fait une instruction est rarement refusée à l'inculpé lorsqu'il la demande.

inquiétant du caractère sommaire de cette procédure, il y aurait un danger supplémentaire à supprimer tout intervalle entre l'infraction et le jugement surtout pour ces catégories d'infraction qui soulèvent une certaine émotion populaire. Ce danger « c'est l'exagération des répressions pénales, lorsqu'elles suivent de trop près les événements (1). « La Justice doit se mettre en garde contre le premier ressentiment disait Ortolan, et laisser à l'âme le temps de se calmer »... (2). Il ne serait que trop aisé de prolonger la critique. Le peu que l'on a dit suffit à montrer ce qu'il pourrait y avoir d'insuffisant dans le système d'instruction appliquée aux délits correctionnels. En se plaçant plus particulièrement au point de vue de l'organisation judiciaire, on constate que cette procédure dite sommaire va à l'encontre des principes les plus fondamentaux de la législation française en cette matière. En deux mots cette législation établissait un système d'instruction organisé de manière à présenter toutes les garanties possibles, un système d'instruction « technique », si l'on veut entendre ce mot conformément à la conception que les auteurs du système se sont faite de la Justice pénale en général.

1. Roux, sous Cassation, 26 janvier 1907.

2. Nous avons dû considérer l'instruction définitive des délits parce que souvent elle tient lieu de toute instruction. Ce n'est pas l'examen de telle ou telle juridiction de jugement dans son ensemble qui aurait sa place ici. V. H. Coulon, *Le jury correctionnel*.

On aurait la partie belle à soutenir que dans leur pensée c'était là le droit commun de l'instruction tant pour les crimes que pour les délits. Que l'on relise l'article 47 : qu'il s'agisse d'un crime ou d'un délit, le Procureur de la République « sera tenu » de requérir le Juge. L'article 54 : le Procureur de la République *remettra* au Juge les dénonciations des crimes ou des délits. Ces mots ont bien ici leur valeur respective, et cependant l'article 182 semble bien laisser au Procureur la liberté de choix pour les délits, même les plus graves.

§2. — DE LA LIBERTÉ DU MINISTÈRE PUBLIC DANS LE CHOIX DE L'INSTRUCTION, ET SI CETTE LIBERTÉ COMPORTE DES LIMITES.

Déjà au cours d'une séance de la société des Prisons en 1901 (1), un Magistrat s'étonnait que l'esprit de toutes les réformes proposées fut de limiter l'omnipotence du juge d'Instruction à l'égard des prévenus. La liberté laissée au Procureur de la République constituait selon lui un monopole autrement inquiétant. Il n'est pas sans intérêt de remarquer que l'opinant était Procureur de la République lui-même, il concluait d'ailleurs en demandant le contrôle immédiat de la Chambre du Conseil (qu'on se proposait de rétablir) sur la mise à l'information par le Procureur. Il est vrai de dire aussi que ce magis-

1. *Revue pénitentiaire*, 1901, p. 653.

trat se plaçait surtout au point de vue du droit de poursuivre (1).

Dans un ordre d'idées analogues et qui sera le nôtre, M. Morizot-Thibault écrivait : « En France la procédure choisie par le ministère Public s'impose au prévenu. Le Procureur de la République possède à cet égard un droit régalien (2). »

Faire reposer l'ensemble des garanties d'un système d'instruction sur une division des fonctions aussi étanche que possible, remettre en même temps au Représentant de l'accusation constituée en service public, la liberté du choix quant à l'instruction à donner à une affaire, voilà qui est fait d'abord pour laisser planer un soupçon sur l'efficacité du système lui-même. Des limites étaient apportées cependant au libre choix du ministère Public dès l'origine de cette législation et l'on pourrait soutenir que si le monde judiciaire avait réagi contre l'envoûtement de la tradition il aurait pu sans s'écarter des principes même du Code, et, se laissant au contraire pénétrer de leur esprit, asseoir un système d'instruction moins soucieux peut-être des commodités du service, plus conforme certes à sa véritable destination. Aux limites apportées par les textes primitifs, des lois postérieures en ont ajouté d'autres,

1. Les sujets que nous examinons dans ce paragraphe soulèvent aussi une question de poursuite. C'est même à propos du droit de poursuivre qu'elles ont la plupart du temps été examinées.

2. *Op. cit.*, p. 88.

la loi du 20 mai 1863 en a supprimé une au contraire et non de la moindre importance.

A. *Limites apportées par le degré de gravité
des infractions.*

D'après le système du Code d'instruction criminelle le Ministère public devait envoyer à l'instruction toutes les infractions criminelles, d'abord. Et dans l'application, toutes celles correctionnelles qui auraient dû entraîner une mesure de détention, le Procureur de la République ne pouvant signer de mandat en dehors du crime flagrant et, alors même, à titre purement provisoire. Le choix du Ministère Public se trouvait donc limité d'une part par la qualification légale de l'infraction, d'autre part par une sorte de qualification pratique, expérimentale, qui était l'œuvre du monde judiciaire. Aux deux cas c'était au fond le degré de gravité des infractions qui était pris en considération.

Attachons-nous d'abord au critérium légal. M. Paul Jolly juge d'instruction (1) l'appréciait jadis ainsi qu'il suit : « Ce critérium ne vaudrait absolument rien. Car il se trouve que dans l'état actuel de notre législation pénale, les délits sont souvent plus graves que les crimes, surtout les délits principaux le vol, l'escroquerie et l'abus de confiance. L'escroquerie n'est jamais qu'un délit puisqu'elle ne comporte pas de circonstances aggravantes, et cependant nous

1. *Rev. pén.*, 1901, p. 434.

voyons à chaque instant des escroqueries formidables, non seulement par le chiffre mais (remarque utile au point de vue de cette étude) par les moyens employés. Les vols simples sont souvent plus graves que les vols qualifiés ». L'auteur continue en poussant le parallélisme jusqu'à ses conséquences les plus invraisemblables. La loi française elle-même n'a-t-elle point reconnu la similitude constitutionnelle des deux groupes d'infraction, en autorisant, entre autres tant la révision pour erreur que la réhabilitation, en cas de condamnation criminelle et aussi bien correctionnelle ? Cependant l'erreur judiciaire ne peut avoir sa source que dans l'instruction, soit définitive, soit préparatoire. Et l'on serait fondé à se demander, si du moment que la loi assimile ces erreurs et ces insuffisantes au point de vue de leur redressement, une fois qu'elles sont accomplies, s'il ne serait pas d'une logique rigoureuse de les assimiler de même quant aux moyens de les prévenir, en assurant, c'est-à-dire, une instruction identique, au moins dans son esprit, aux deux groupes d'infraction.

Si c'est maintenant la peine encourue que l'on considère, on peut encore moins y trouver une justification suffisante de la différence établie quant au mode d'instruction. Si dans un sens absolu la peine criminelle est plus lourde que la peine correctionnelle, et par conséquent le danger encouru par le prévenu étant plus grand, l'on reconnaît qu'il doit bénéficier d'une instruction plus approfondie de

son cas, il nous semblerait dangereux d'attacher à cette considération une importance plus que relative. Sans insister sur le fait que, le plus souvent, une simple différence de terminologie sépare les peines criminelles des peines correctionnelles, quant à leur mode d'exécution (réclusion-emprisonnement), il serait téméraire d'affirmer que le danger encouru par la santé morale et mentale de l'individu et ce qui est tout aussi grave, celui qui menace en conséquence le corps social tout entier, soit moins digne d'être pris en considération lorsqu'il s'agit d'une peine correctionnelle que lorsqu'il s'agit d'une peine criminelle (1).

Dans un autre ordre d'idées, celui-ci plus étranger à l'esprit de la législation pénale actuelle on serait tenté de mesurer l'importance du cas soumis à l'instruction et par conséquent l'importance de cette instruction elle-même, non pas tant au degré de gravité légale qu'un acte accidentel représente, mais bien mieux au degré, à la nature surtout de la corruption dont il témoigne chez son auteur.

L'on ne peut pas dire que la législation moderne ait fait abstraction de ce point de vue, n'y aurait-il à mentionner que le traitement spécial dont bénéficient les individus encourant la rélegation lorsqu'ils en arrivent à l'instruction de leur dernière infraction (2).

1. La littérature des « courtes peines » est abondante. V. M. Donnedieu de Vabres, *op. cit.*, chap. III, p. 134 et suiv. et les ouvrages cités de E. Ferri, Saleilles, etc.

2. Loi du 27 mai 1885, art. 11. La procédure précipitée de la loi de 1863 leur est inapplicable. Un défenseur doit à peine de nullité leur être désigné.

S'il peut paraître étonnant qu'il faille attendre jusque-là pour assurer une instruction attentive dans un cas de criminalité aussi particulier, c'est qu'ici comme ailleurs l'importance de l'instruction n'est mesurée qu'au degré de gravité de la peine encourue.

Pour toutes ces raisons, réserve faite de celles qu'on pourrait y ajouter, il semble que le procédé qui consiste à rattacher la nécessité d'une « instruction technique » à la qualification légale de l'infraction présente beaucoup d'insuffisance pour ne pas dire d'arbitraire.

Il est d'ailleurs connu de tout le monde que le Ministère Public par le procédé dit de la « Correctionnalisation judiciaire » a considérablement étendu la liberté que déjà les qualifications légales lui conféraient quant au choix de l'instruction. Ce n'est pas ici le lieu d'examiner les avantages ou inconvénients de ce procédé qui a donné naissance à une littérature abondante. Nous ne pouvons cependant nous empêcher d'observer qu'au point de vue des principes de la législation française concernant l'instruction et son organisation judiciaire, aucun procédé qui tendrait ou aurait pour résultat d'élargir le domaine des Pouvoirs du Ministère Public en cette matière ne saurait être approuvé (1).

1. L'on ne pourrait prétendre mieux dire après M. le Professeur R. Garraud : « la correctionnalisation aboutit à appliquer à des infractions graves les pratiques d'instruction préalable et définitive rudimentaires » (*op. cit* , t. IV, p. 463).

En dehors des cas de crime, sous l'empire du Code d'instruction criminelle, la liberté de choix du Ministère Public se trouvait restreinte par une autre circonstance. Celui-ci étant obligé de saisir le Juge d'Instruction toutes les fois qu'une mesure de détention devait être envisagée. C'est la considération du degré de gravité de l'infraction qui déterminait en somme ici encore la qualité de l'instruction. Seulement l'appréciation de ce degré au lieu de résulter de la qualification légale, devait venir de l'initiative du Parquet lui-même. Au point de vue de « l'individualisation » pour ainsi dire de l'instruction, cette appréciation judiciaire était certes plus rationnelle que l'appréciation légale.

La loi du 20 mai 1863 est venue étendre sur ce point la liberté du Ministère Public en lui attribuant le pouvoir de décréter la détention préventive pour toute une catégorie d'infractions correctionnelles. Il est certain d'ailleurs que pour la dite catégorie la liberté de décision du Procureur de la République est pleine et entière. En aucun cas lorsqu'il s'agit des infractions prévues par la loi de 1863, la procédure qu'elle organise ne s'impose au Parquet. Et quoiqu'il ait été dit et répété que cette loi a entendu supprimer l'instruction préparatoire ou plutôt la réduire au simple interrogatoire, le Ministère Public peut toujours en déférer au Juge d'Instruction. Il reste néanmoins que la liberté de choix appartenant au Procureur en matière de délits se trouve considérablement augmentée, surtout si l'on

envisage l'élasticité de la notion de flagrance ainsi que la tendance bien connue des Parquets à en tirer parti (1).

Il serait permis du moins de se demander si la liberté accordée ici au Ministère Public pourrait aller jusqu'à un abus patent des prérogatives qui lui sont accordées par la loi des flagrants délits. Plusieurs éventualités seraient à envisager :

1^o Le Procureur de la République se sert de la procédure organisée par la loi du 20 mai 1863 pour un délit qui n'est pas flagrant et l'abus est relevé par le tribunal saisi.

M. le Poittevin décide (2) que le délit étant reconnu non flagrant le Tribunal doit revenir à la procédure normale sur citation directe accordant au prévenu le délai de trois jours francs afin de préparer sa défense. Mais si le prévenu avait été placé sous mandat de dépôt par le Procureur de la République, tant le mandat que la citation devraient être annulés. M. Garraud se refuse à solidariser la citation et le mandat, maintenant la première et annulant le second, à charge pour le Tribunal qui demeure valablement saisi de décerner un nouveau mandat de dépôt s'il estime que la détention préventive doit se prolonger (3).

2^o Le Procureur de la République se sert de la procédure des flagrants délits correctionnels pour

1. Ci-dessus section 1^{re}.

2. *Diction. des Parquets*, v^o *Flagrants délits*. Solution appuyée par Cass. 3 avril 1909. S. 1910. I. 112. Cf. Roux, *op. cit.*, p. 633.

3. *Op. cit.*, t. III, p. 277.

un fait qualifié crime par la loi. La Cour de Cassation a eu à se prononcer sur cette hypothèse le 3 avril 1909. Elle a déclaré que tant la citation que le mandat de dépôt du Procureur de la République seraient annulés, et qu'en vertu de l'art. 193 et 214 du C. I. C. le Tribunal ou la Cour d'Appel indûment saisis remettraient l'instruction au juge compétent tout en décernant un nouveau mandat de dépôt s'ils estimaient devoir maintenir le prévenu en état de détention préventive.

3^o Si en violation de l'article 44 de la loi du 27 mai 1885 le Procureur de la République avait usé de la procédure des flagrants délits correctionnels contre un relégable, tout serait nul : Mandat de dépôt citation, et jugement. La juridiction saisie en appel devrait évoquer l'affaire et ne pourrait laisser au Ministère Public le soin de se pourvoir comme il l'entendrait (1). Cela résulterait du caractère impératif de l'article 44.

4^o Mêmes solutions pour les mineurs de 13 à 18 ans (loi du 22 juillet 1912, article 15, et pour certains délinquants favorisés (art. 7 de la loi du 20 mai 1863).

Telles sont en résumé les limites que le degré de gravité des infractions et des peines encourues diversement apprécié, impose à la liberté du Ministère Public dans le choix de l'instruction à

1. Cass., 2, 15 et 29 juillet 1886. *B. crim.*, n^o 235, 257 et 283. Cass., 25 mars 1899. *B. crim.*, n^o 68 ; Cass., 16 décembre 1899. *B. crim.*, n^o 378. Tournade, *Commentaire de la loi sur les récidivistes*, p. 70 et suiv. ; Garraud, *op. cit.*, t. III, p. 276 et suiv.

donner à une affaire. Nous avons déjà laissé voir, et nous y reviendrons, l'usage que le Ministère public encouragé d'ailleurs par des conseils venant de haut, a su faire de cette liberté.

B. Limites apportées au choix du Ministère Public par l'attitude de la partie lésée.

L'examen des droits de la partie lésée soulève d'abord une question de poursuites qui est à proprement parler en dehors du sujet de cette étude, mais que nous ne pouvons passer sous silence dans la mesure où elle se rattache directement au sujet qui nous occupe. L'article 182 C. I. C. donne à la partie civile le droit de saisir le Tribunal en matière correctionnelle, par la voie de citation directe. Cette saisine n'étant pas subordonnée à des conclusions conformes du Ministère Public, le droit de celui-ci de décider souverainement de l'Instruction à donner à une affaire, se trouve d'autant limité. Ce point n'a jamais été contesté. Il en fut tout autrement de l'article 63 C. I. C. Ce texte donne droit à la partie lésée, en se constituant partie civile devant le Juge d'Instruction de mettre en mouvement l'action publique d'abord, de rendre obligatoire l'ouverture d'une instruction régulière ensuite.

Telle est la solution à laquelle s'est arrêtée la Cour de Cassation après que la question eut fait coulé beaucoup d'encre et engendré d'abondantes dis-

cussions. Le choix de la partie civile aurait donc pour résultat *absolu* de limiter la liberté d'action du Ministère Public (1). Il n'en fut pas ainsi de tout temps.

La pratique des Parquets antérieure à 1906 avait réussi à faire admettre que le Ministère public garde la décision suprême sur le pouvoir lui-même de mettre en mouvement l'action publique. Sans réquisitoire conforme, la volonté du plaignant était inefficace. Telle était la doctrine consacrée par l'arrêt de la Cour de Lyon du 25 octobre 1905 (2) combattue ardemment jadis par F. Helie (3) et au lendemain de l'arrêt par M. Raphaël Rougier, condamnée enfin par un arrêt des plus célèbres de la Cour Suprême le 8 décembre 1906 (4) conformément au rapport de M. le Conseiller Laurent Atthalin. La doctrine inaugurée par cet arrêt n'a pas varié depuis. Elle a donné naissance à des abus considérables et de nombreux remèdes y ont été proposés, les réformateurs s'étant d'ailleurs toujours placés au point de vue du droit de poursuite, d'exercice de l'action publique (5). A la société des Prisons, en l'année

1. Le Tribunal correctionnel régulièrement saisi par la partie lésée ou par le Procureur de la République ne pourrait renvoyer l'affaire devant un Juge d'Instruction. La partie civile et le Parquet ne pourraient dessaisir le Tribunal dans le même cas et porter l'affaire devant un Juge d'Instruction. Paris, 7 novembre 1913 ; D. 1914.2.106 et D. H., 1927, p. 547.

2. D. 1906.2.89.

3. Tome 1^{er} du traité n° 519 et suiv.

4. D. 1907.1.207.

5. Jacobson, *Les abus de la citation directe dans rev. pol. et parl.*, année 1922, p. 56.

1925 (1) une large discussion se trouvait engagée, et le rapporteur M. Georges Leloir mettait bien en lumière les conséquences fâcheuses de cette jurisprudence. Le lendemain même par un arrêt du 28 mai 1925 (2) la Cour de Cassation venait confirmer sa doctrine, et, par un arrêt plus récent encore du 9 janvier 1930 (3) elle s'y maintenait non sans avoir eu l'occasion de préciser les droits ainsi accordés à la partie lésée (4).

Tout ceci concerne principalement ainsi qu'il a été dit la mise en mouvement de l'action publique elle-même mais il est facile de faire voir par où cette question se rattache à celle que nous examinons : Si en vertu de l'article 63 le particulier lésé a toujours le droit de mettre en mouvement l'action publique en se constituant partie civile devant le Juge d'instruction et cela qu'il s'agisse d'un crime ou d'un délit, en résulte-t-il de là que le Juge d'Instruction doit instruire lui-même régulièrement toutes les fois qu'il est saisi de cette manière ? ou bien au cas où il s'agirait d'un simple délit, le Ministère Public garderait-il encore la liberté de déterminer le mode d'instruction qui convient à l'affaire (sans préjudice de la solution consacrée quant au droit de poursuite) ?

1. *Rev. pén.*, 1925, n° 1 à 6, séance du 27 mai 1925.

2. *D.* 1926. I. 121, note de M. G. Leloir.

3. *D. H.*, 1930, p. 85.

4. *Cass.*, 16 novembre 1929. *D. H.*, 1929, p. 588. *D. P.*, 1930.

I. 145 (le droit de la partie lésée se limiterait à l'instruction principale et non à la reprise de l'instruction close par un non-lieu.

Il y a dans l'arrêt du 28 mai 1925 une phrase qui pourrait inviter à la réflexion : « attendu que spécialement lorsqu'une information s'impose parce que l'acte dommageable *a le caractère d'un crime* la disposition de l'article 63 qui serait sans objet si la plainte devant le Magistrat instructeur ne saisis-sait pas sa juridiction représente l'équivalent légal et nécessaire de la protection qu'assure le droit de citation directe en matière correctionnelle ou de police... » Il semble bien qu'on pourrait pousser le raisonnement jusqu'à en tirer la conclusion que le Juge saisi ne se trouverait obligé d'instruire qu'autant que le fait serait de nature criminelle, le Ministère Public conservant la liberté de choix s'il s'agissait d'un délit correctionnel, et, qu'ainsi la doctrine consacrée par la Cour de Cassation tout en limitant considérablement les prérogatives du Ministère Public concernant le droit de poursuivre, ne porterait au contraire aucun préjudice à ceux des pouvoirs qui ont trait au choix de l'instruction à donner à une affaire, l'omnipotence du Parquet se trouvant déjà limitée en cette matière par le fait de la loi. Une pareille conclusion serait cependant prématurée. D'abord l'arrêt précité du 9 janvier 1930 que nous avons sous les yeux et qui s'exprime en termes tout aussi catégoriques que celui du 28 mai 1925 statue sur un cas où il s'était agi d'un délit d'escroquerie. Et les dispositions de principe de l'arrêt du 28 mai 1925 lui-même par l'assimilation complète qu'elles tendent

à établir entre ces droits de la partie civile et ceux appartenant au Ministère Public lorsqu'il requiert d'office sont de nature à nous laisser peu d'illusions sur ce point. Ainsi la partie lésée déciderait souverainement par son attitude éventuelle de l'Instruction à suivre même au cas de simple délit correctionnel, limitant par là les pouvoirs correspondants du Procureur de la République.

Une solution très analogue avait prévalu en droit grec sous l'empire du Code d'instruction criminelle de 1834 : dans les articles 283 à 301 ce code établissait une assimilation presque complète entre les pouvoirs de « l'accusateur particulier » (1) et ceux du Ministère Public. La partie lésée avait ainsi le droit absolu de saisir soit le Juge d'Instruction soit le Tribunal correctionnel par citation directe. Tous ces droits lui ont été enlevés de la manière la plus complète par la loi 2236 du 24 juin 1920. A partir de cette date le Pouvoir de mettre en mouvement l'action publique ainsi que celui de décider de l'Instruction à suivre, appartiennent à titre de

1. L'accusateur particulier du droit grec n'avait pas nécessairement à conclure à une réparation pécuniaire ; ses pouvoirs à lui étaient considérables. Il assistait à toutes les opérations d'instruction même aux dépositions des témoins, pouvait requérir toutes mesures d'instruction, perquisition, saisie, arrestation, mise en détention préventive, introduisait l'affaire à la Chambre du Conseil, rédigeait l'acte d'accusation. L'exercice de ses droits n'était subordonné qu'à la consignation d'une somme au moment de la plainte, ou des garanties analogues. Le Procureur de la République dont l'action pouvait être prévenue par celle de l'accusateur particulier, conservait cependant un droit parallèle de réquisition.

monopole au Ministère Public qu'il s'agisse de la saisine du Juge d'Instruction ou de la citation directe devant le tribunal correctionnel. Si cette solution peut être critiquée au point de vue du droit de poursuite elle mérite croyons-nous une approbation sans réserve pour ce qui concerne l'instruction. Il semble déjà assez difficile à admettre que le Ministère Public puisse en dehors de tout contrôle, décider de la qualité de l'instruction à donner à une affaire, sous réserve de la limite légale bien entendu. Mais que ce choix dépende du hasard ou ce qui revient au même de l'attitude que croirait devoir adopter tel particulier lésé, ce serait là la plus étrange conception du rôle que l'instruction est appelée à remplir.

Avant de quitter le terrain du droit grec, nous tenons à faire connaître certaines dispositions particulièrement intéressantes de cette législation pour ce qui concerne la procédure sommaire sur citation directe.

L'art. 161 du Code d'instruction criminelle complété par la loi du 3 décembre 1909 dispose : « le Procureur de la République n'a le droit d'user de la citation directe que si les trois conditions suivantes se trouvent remplies : 1^o l'accusé est présent ; 2^o le délit est de la compétence du Tribunal de Police ou correctionnel ; 3^o la citation a été précédée d'une enquête préliminaire (1). Pour rendre compte de

1. La Cour de Cas. d'Athènes a malheureusement décidé à plusieurs reprises que cette dernière condition n'est pas requise à

l'importance que présente cette dernière condition introduite par la loi du 3 décembre 1909 il est indispensable d'indiquer le rôle qu'est appelée à remplir cette sorte d'enquête dans la législation grecque. Il s'agit en effet d'une institution très analogue aux enquêtes officieuses de la pratique française avec la seule différence que cette pratique a chez nous un caractère officiel, qu'elle fait l'objet d'une réglementation légale. Ceci présente une importance considérable depuis que la loi du 15 janvier 1910 modifiant l'article 165 du Code d'instruction criminelle est venue assurer la publicité, quant au prévenu, à toutes instructions quelle qu'en fut la nature. C'est ce qu'a cru devoir préciser un texte de loi immédiatement postérieur ajouté à l'article 165 nouveau : « Par les termes « instruction » et « magistrat instructeur » dit ce texte, la loi entend tout magistrat ou officier de police judiciaire devant qui une instruction est ouverte, qu'il s'agisse d'une enquête préliminaire ou d'une information proprement dite. » La loi est donc catégorique dans ses termes. Ses dispositions sont sanctionnées par la nullité de toute la procédure (art. 165 nouveau).

Dans le même but d'assurer une instruction aussi complète que possible aux affaires correctionnelles, une autre loi récente en date du 31 mars 1918 est venue ajouter une disposition remarquable à l'arti-

peine de nullité : dernière décision n° 482 de 1921. Cette solution paraît naturellement très excusable lorsque l'importance des infractions est minime.

cle 163 du Code d'instruction crim. En vertu de ce texte le prévenu, lorsque la citation lui est parvenue, a un délai de trois jours pour demander au Procureur Général d'ordonner qu'une instruction régulière soit ouverte. Celui-ci a un nouveau délai de trois jours afin de statuer sur la demande. Le Procureur de la République possède en vertu du même article le droit de renoncer à la citation directe et de requérir une instruction régulière avant le prononcé du Jugement de la Juridiction saisie. La circulaire accompagnant cette loi du 31 mars 1918 nous renseigne très clairement sur les raisons qui ont déterminé l'intervention du Législateur : « La loi s'est proposée de mettre un terme aux abus auxquels avait donné lieu la précipitation exagérée de certains Parquets de Première Instance ». Nous en aurons fini avec cet ordre de dispositions d'un caractère novateur en ajoutant que le délai accordé au prévenu afin de préparer sa défense en vertu de l'art. 163 modifié par la loi du 23 mars 1911 est de huit jours au moins au lieu des trois jours du texte français correspondant (1). Ce délai est considérablement augmenté à raison des distances.

C. — *Limites apportées à la liberté de choix du Ministère Public par l'attitude éventuelle du prévenu.*

Nous venons de montrer que la liberté du choix

1. Le délai de huit jours avait été proposé en 1863 par J. Favre.

de l'Instruction à donner à une affaire appartient au Ministère Public sauf les limites imposées par la Loi et celles pouvant résulter de l'attitude de la partie lésée. Le prévenu ne possède au contraire aucun pouvoir correspondant. On pourrait le regretter.

Lors du vote de la procédure extra-rapide des flagrants délits correctionnels MM. Jules Favre, Ernest Picart, Emile Olivier et autres déposaient un amendement qui tendrait à donner à la procédure nouvelle un caractère facultatif en ce sens que son application serait subordonnée au consentement du prévenu.

« Vous ne pouvez refuser au prévenu le singulier privilège d'aller en prison méditer sur son infortune » disait avec un certain humour M. Picart à la Tribune de la Chambre. L'amendement tomba devant l'opposition du Conseil d'Etat. La raison qu'il en donnait vaut la peine d'être rappelée : « Il serait contraire à la dignité de la Magistrature que le prévenu put imposer au Procureur de la République la procédure qui lui conviendrait le mieux. » L'amendement dont nous venons de parler avait dû s'inspirer des procédures sommaires anglaises.

En effet, les Juges de Paix anglais, qu'ils siègent en Petite Session ou en Court de Police, ont en dehors de leur compétence générale en matière de contraventions, une compétence tout à fait spéciale pour une catégorie d'infractions plus graves, soumises ordinairement au Jury des Sessions Trimes-

trielles. Ils ne peuvent d'ailleurs, même en ce cas, infliger une pénalité supérieure à six mois d'emprisonnement avec ou sans travail pénible. Mais ce qu'il y a de particulièrement intéressant dans cette compétence c'est qu'elle se trouve justement subordonnée à une double appréciation :

La loi dispose tout d'abord (1) que les Juges de Paix ne doivent retenir l'affaire que s'ils sont convaincus par les preuves devant eux produites « qu'il est opportun de juger l'affaire dans la forme sommaire ». C'est la haute appréciation de la juridiction elle-même que l'on ne peut assimiler naturellement au point de vue des principes à l'appréciation faite chez nous par l'accusateur public.

2^o Mais cette attribution de compétence extraordinaire, est en second lieu subordonnée au *consentement formel du prévenu*, auquel le juge est tenu, selon les coutumes anglaises, de faire connaître explicitement son droit de choisir entre la Juridiction de Police et celle du Jury Trimestriel.

Les avantages de la procédure sommaire sont nombreux pour le prévenu, il échappe d'abord au risque de la détention préventive en second lieu les risques d'emprisonnement pénal sont réduits à la compétence des Cours de Juridiction sommaire. Enfin les prévenus ont la perspective d'une juridiction bienveillante et à ce qu'il paraît très populaire en Angleterre.

1. Loi de 1879 (42 et 43 Victoria C. 49); Loi de 1899 (62 et 63 Victoria C. 22)

CHAPITRE III

LES POUVOIRS DE LA POLICE JUDICIAIRE EN VERTU DE L'ARTICLE 10 DU CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE

BIBLIOGRAPHIE.

Circulaire du Ministère de l'Intérieur, 4 août 1906.

Rougier (Raphaël). — La Liberté individuelle ou les Pouvoirs judiciaires de l'Administration (Revue Critique de Législ. et de Jurisprudence, 1903, p. 552 et 610; p. 271 et 410).

Revue Pénitentiaire, année 1901, Liberté Individuelle, Opinions de MM. Larnaude, Garçon, Picot, Puibaraud, etc., mars 1909, p. 403, juillet-septembre 1922, p. 526.

Bulletin de la Société des Etudes Législatives, 1926-1927, Question n° 63 (rapport de M. L. Hugueney).

Hélie (F.). — Traité, t. III, L. 3, Ch. IV.

Garraud (R.). — Traité, t. I II, n° 698-707.

Morizot-Thibault. — L'instruction préparatoire, p. 33-44.

Cuche (P.). — Précis Dalloz, 1929, n° 309, 3^e édition.

Coulon. — La liberté individuelle. Marchal et Billard, 1901.

Jèze. — Principes de Droit Administratif. Berger-Levrault, 1904.

Henry. — Noté sous Cass. Civ., 3 nov. 1924. D. 1925.1.3.

Nast. — Note sous Paris, 28 juillet 1925. D. 1926.2.49.

Le Poittevin. — Code d'Instr. Crim. annoté, article 10.

Leloir. — Code d'Instr. Crim. annoté, article 10.

Arrêt de la Cour de cassation, Chambre réunies, 21 nov. 1853 :

Bull. Crim., n° 551; S. 53.1.774; D. 53.1.279.

Le sujet est classique, l'examen en est cependant inévitable. Mieux que tout autre en effet il pourra

mettre en évidence cet effort constant de la police judiciaire à étendre le domaine légal de ses pouvoirs. Déjà elle avait su tirer un parti merveilleux de la liberté relative qui lui était laissée dans les matières sommaires. L'élasticité de ces pouvoirs devait cependant rencontrer une limite dans le fait qu'ils étaient contraints d'évoluer dans le domaine des traditions et des habitudes judiciaires.

Aussi, dans les grands Centres urbains, au sein des agglomérations les plus diversement accumulées, où, à raison des services plus fréquents, plus importants aussi qu'elle était appelée à rendre, l'action policière devait de plus en plus s'émanciper d'un service judiciaire singulièrement centralisé, cette activité indiscutablement nécessaire trouva moyen de se développer sur un terrain parallèle à celui de l'ordre judiciaire proprement dit.

Mais, parce qu'elle devait évoluer en dehors du rayon judiciaire, l'action répressive allait affecter une allure et des mœurs de moins en moins compatibles avec l'idée que l'on est accoutumé à se faire du monde de la loi, et que cette loi elle-même serait de plus en plus embarrassée pour reconnaître et embrasser les manifestations du pouvoir policier.

Analyser l'art. 10, c'est donc faire l'histoire des préfectures de police, et c'est à ce seul point de vue que nous nous proposons d'envisager la question. Nous en négligerons délibérément le côté politique, quoique sans aucun doute il ait été déterminant dans l'extention des pouvoirs préfectoraux. Une seconde

réserve s'impose. Le domaine de l'art. 10 semble être aujourd'hui celui même de l'activité policière dans son ensemble. Parce que cependant nous destinons un chapitre spécial à l'étude du rôle actif de la police sous ses différentes formes, l'objet du présent examen doit être limité à l'examen du procédé légal dont on s'est servi. L'absence fatale d'originalité du sujet permet d'ailleurs d'être bref.

§ 1. — LA PORTÉE DE L'ARTICLE 10 D'APRÈS SES ORIGINES.

La solution de cette question préjudicielle intéresse l'ensemble du problème. Il s'agit de l'interprétation d'un texte qui ne dit rien à peu près par lui-même, ou qui en dit trop. Le procès-verbal de la séance qui en a précédé la rédaction définitive est absolument insuffisant à l'éclairer dans quelque sens que ce soit, tel du moins qu'il nous est rapporté par Locré. Aussi, conceit-on qu'il ait fourni un riche travail d'analyse dont les conclusions, toujours séduisantes, ont rarement présenté entre elles un complet accord.

Déjà dans la consultation délivrée en 1834 par MM. Crémieu, Hannequin, Dupin et autres, c'est de la volonté impériale qu'on tirait argument en faveur du système extensif. Napoléon a certes souhaité un fort pouvoir administratif. Mais encore les motifs profonds qui étaient à l'origine de ses désirs peuvent être et ont été diversement appréciés.

S'il est vrai « qu'ému profondément des complots

sans cesse organisés contre sa vie », c'est du maintien surtout de sa dynastie qu'il s'occupait (Morizot-Thibault), il faut croire que le souci politique ait prédominé dans le renforcement des pouvoirs administratifs. Les exposés de Treilhard en 1808 et même ceux de la première rédaction se ressentent de cette préoccupation exclusive. Ce n'est qu'à la toute dernière séance que la question fut posée sur le terrain du droit commun. Qu'on lise le procès-verbal du 26 août 1808 : « Il ne s'est élevé de difficultés sérieuses que sur la question de savoir si la Police judiciaire serait exercée par les Préfets pour les crimes *qui intéressent la sûreté de l'Etat* », dit Treilhard, et la discussion roule d'un bout à l'autre sur le même thème (1).

Souci parfaitement explicable qui suffirait à délimiter le terrain d'application de l'art. 10 et en même temps à faire sentir ce qu'il y aurait d'irrationnel à son maintien dans un ordre politique moins inquiet. L'interprétation qu'en donne M. Rougier (2) aboutirait sensiblement au même résultat. Elle est d'ailleurs trop connue pour qu'on la rapporte ici dans ses détails. L'article 10 serait selon cet auteur une survivance de la dualité des Polices sous l'Empire. En vertu de ses pouvoirs spéciaux, la police administrative, institution essentiellement Napoléonienne, procédait, dès avant la rédaction des Codes, à l'instruction com-

1. Locré, t. XXV, p. 102 et suiv. ; cf. F. Hélie, t. III, p. 122, n° 1206.

2. *Rev. Critique de Lég. et de Jurisp.*, année 1903, p. 61-67.

plète des affaires qui rentraient dans sa compétence (d'ailleurs mal définie). Napoléon joua de sa volonté pour faire reconnaître le caractère officiel aux actes de cette police, et afin qu'ils pussent s'imposer désormais à la justice. Cette institution impériale ayant vécu, la raison d'être de l'article 10 lui-même aurait effectivement disparu. « Mais c'est alors seulement que l'Administration imagina de rattacher à la police judiciaire des prérogatives dont malgré tout elle n'entendait pas qu'on la dessaisît ». Il est également fort probable que les corps judiciaires sortant fort affaiblis de l'aventure révolutionnaire, Napoléon ait très sincèrement songé à leur assurer un appui efficace dans la personne de ses préfets. D'ailleurs, par la force des choses, l'autorité administrative avait déjà dû prendre la place de la magistrature dans l'œuvre de la répression (1). Aussi, ne faudrait-il pas s'étonner qu'en 1804, l'Empereur, préoccupé avant tout de la sécurité générale, songeât à régulariser des liens de subordination déjà existants entre les Préfets d'une part, et les magistrats de sûreté, impuissants, parce que isolés. Mais, ce ne pouvait être là qu'une mesure provisoire de défense, que l'Empereur lui-même ne semblait admettre que dans l'absence d'un organisme homogène plus puissant. Lorsqu'en 1808 ces « grands corps judiciaires » qu'il avait rêvés se trouvaient consti-

1. Devant ce qu'on a appelé « les crises de la répression » souvent les magistrats voient eux-même d'un œil favorable les empiètements de l'Administration sur leurs attributions propres.

tués, la situation n'était plus du tout la même, et c'est ce que le comte Berlier fit immédiatement observer (1). Le préfet ne pouvait plus conserver la prééminence dans les affaires communes. Sa place n'était plus la même au sein du corps de magistrats tout puissants, que la volonté même du César avait créé. On en fit tout naturellement un auxiliaire. Tel est le rôle qui devra définitivement lui rester, lorsqu'aura croulé l'édifice de la Haute Police, seule raison d'être de ses plus grands pouvoirs. Mais, si maintenant on part du point de vue opposé, si l'on admet qu'effectivement la volonté réelle du « Despote, » volonté qu'il n'aurait pas osé étaler dans la publicité des séances, avait été de subordonner le monde judiciaire au pouvoir préfectoral, si dans un moment de défaillance courtisane les conseillers avaient rédigé le texte définitif selon l'inspiration de leur Maître, faudrait-il s'attacher à cette œuvre de contrainte ? Car n'est-il pas évident que la volonté bien nette et bien concordante du Conseil a été de n'accorder au préfet que les pouvoirs des officiers ordinaires au cas seul du délit flagrant, de l'urgence absolue ? Et faut-il écarter l'ensemble de ces volontés éclairées et si certaines, en s'attachant uniquement au désir hypothétique du chef d'un régime qui n'est plus ? Ou bien faut-il aller plus loin et rattacher les pouvoirs des préfets à ceux des Intendants de l'Ancien Régime qui possédaient même un pouvoir de juridiction criminelle, et alors il ne resterait plus

1. Locré, t. XXV, p. 102.

qu'à savoir « à quoi aurait servi la Révolution, sinon à débarrasser le Régime Nouveau de ce qu'il y avait de taré dans l'ancien (1). »

§ 2. — LES POUVOIRS DU PRÉFET DE POLICE ET DE SES
AUXILIAIRES D'APRÈS LA DOCTRINE, LA JURISPRUDENCE
ET LA PRATIQUE JUDICIAIRE.

Ainsi, faudrait-il conclure avec Faustin Hélie que la Loi a tout simplement voulu faire du Préfet un officier de police judiciaire sans le nom. Que d'ailleurs au cours de longues discussions, on avait défini les pouvoirs que cette qualité comporte. Qu'on avait entendu séparer la poursuite de l'instruction. Qu'on ne faisait qu'une seule et unique exception à ce principe, celle justifiée par l'urgence. Qu'enfin dans leur généralité tant les termes de l'article 10 que ceux de l'article 8 n'avaient une signification historique. Et qu'à leur en accorder une plus précise, on rétablissait tout simplement la Haute Police Impériale.

Aussi, la pratique qui dès le lendemain de la promulgation des Codes, inaugurerait son œuvre d'extension des pouvoirs policiers, prit-elle le sage parti de se maintenir dans le cadre des institutions légales, et de tirer le meilleur parti qu'il se pourrait de la notion élastique de flagrance.

La consultation de 1834 précitée nous renseigne sur ce point : « L'extension du Pouvoir Préfectoral

1. M. le doyen Larnaude dans *Revue Pénitentiaire*, année 1901, p. 192.

était déjà à peu près inutile, puisque par l'extension du flagrant délit la police arrive à motiver toutes ses opérations. Cela ne veut pas dire que le Préfet ait renoncé au droit de lancer des mandats hors le flagrant délit. Mais la police trouve plus pratique de ne pas soulever des discussions éclatantes sur ce point, en motivant toujours par le flagrant délit (1).

Aussi, est-ce par le même procédé que la Cour de Paris essaya le 28 mai 1853 de tirer son épingle du jeu (affaire de Cœtlogon). La Cour Suprême a eu cependant une vue étrangement profonde des choses. Placée dès l'abord en face de la seule doctrine légale par sa Chambre criminelle (2) elle la répudia d'une manière délibérée : « c'est en vain qu'on prétend établir une séparation... Il n'est pas possible de concevoir que la police judiciaire s'exerce sans instruction » (3). Telle avait été cependant la conception du Code. Faustin Hélie et la Chambre criminelle avaient raison. Mais au delà des doctrines de Cambacérès, au delà de la volonté même de Napoléon, il y avait l'œuvre de la Révolution. « On n'a pas assez remarqué que sous le prétexte de séparer les pouvoirs, la Révolution avait subordonné la puissance judiciaire à l'autorité administrative » (4). Dans ses *Principes du droit administratif* (5), M. le Professeur Jèze a montré d'une manière saisissante

1. Cf. Rougier, *op. cit.*, *loc. cit.*

2. Arrêt du 23 juillet 1853. *Bull. Crim.*, n° 369.

3. 21 novembre 1863, *Bull. Crim.*, n° 551.

4. Morizot-Thibault, *op. cit.*, p. 34.

5. Berger-Levrault, 1904, p. 125 et suivantes.

ce que la haine des Parlements et la conviction que tous leurs membres étaient hostiles au mouvement révolutionnaire, avait fait pour établir la suprématie du Pouvoir Administratif. Il est remarquable que l'arrêt des Chambres réunies ait trouvé du premier coup le fondement vrai des pouvoirs préfectoraux. Il ne s'arrête pas à une interprétation douteuse de la volonté Napoléonienne. Il va droit à la source des choses, à ce texte du Code de Brumaire qui en a conservé l'esprit dans la législation moderne. C'est l'art. 8 que la Cour invoque. Aussi, peut-être faut-il donner un sens plus général à la séparation très nettement établie entre l'œuvre policière du préfet et le rôle de la police judiciaire, que celui qu'on en donne communément (1), et qui est d'ailleurs théoriquement exact, un sens symbolique pour ainsi dire. Ce sont deux institutions identiques par le but qu'elles poursuivent dans les époques normales, différentes par les moyens qu'elles utilisent, par la nature de leurs pouvoirs, différentes aussi par le caractère juridique de ces pouvoirs. Ce n'est qu'un rapprochement formel qu'on peut obtenir entre les pouvoirs du Procureur ou du Juge d'Instruction d'une part, et ceux du Préfet de l'autre. Il est remarquable que la Cour Suprême n'ait pas cherché à dissimuler cette opposition par des invraisemblances de raisonnement scholastique. Elle n'a pas

1. Le préfet a été éliminé de la nomenclature des officiers de Police judiciaire, afin de bien marquer qu'il en serait indépendant hiérarchiquement.

ignoré le principe légal de la séparation des fonctions de police judiciaire et d'instruction. Elle l'a même reconnu formellement à plusieurs reprises, lorsqu'il s'agissait de magistrats (1). Mais elle a été non moins catégorique pour écarter ce principe fondamental de la législation dans le système qu'elle a fait sortir de l'art. 10 (2). Ce système a eu en quelque sorte une évolution parallèle dont on retrouve la source dans la tradition révolutionnaire. « A Paris, il y a en réalité deux polices judiciaires, reconnaît M. le Professeur Garraud : celle du Préfet de police, celle du Procureur de la République. L'action du Parquet du Préfet de police est plus prompte et plus puissante que celle du Parquet du Procureur de la République de la Seine. Elle est plus prompte parce que la Préfecture de Police est mieux outillée, qu'elle s'embarrasse moins de scrupules juridiques... Elle est plus puissante à raison du nombre des agents qui concourent à l'œuvre de la police, de la discipline et de l'organisation hiérarchique qui règnent dans un corps d'élite, spécialement adapté au but poursuivi (3). »

La Jurisprudence concurremment avec la pratique, s'est efforcée de doter ce corps spécial d'une armature juridique adaptée à ce caractère spécial. Il faut

1. Arrêts du 14 sept. 1905. *Bull. Crim.*, n° 445 ; 17 févr. 1912. *S.* 1914. I. 287 ; 27 juill. 1907. *S.* 1909. I. 169 ; 22 fév. 1917. *S.* 1921. I. 227.

2. Cass. Crim., 16 août 1862. *Bull. Crim.*, n° 212 ; Cass. Crim., 19 janv. 1866. *S.* 66. I. 87.

3. *Op. cit.*, t. II, éd. 1909, p. 569.

reconnaître qu'elle y a parfaitement réussi. Sur la base du principe délibérément établi dès 1853, procédant dans la suite par solutions d'espèces, elle a consacré un à un les pouvoirs que s'était attribués en pratique la police préfectorale. Elle n'a jamais contesté au préfet le droit de se saisir sans réquisitions quelle que fût la nature du délit, elle lui a reconnu jadis celui de saisir les tribunaux (1).

Ce sont là les deux limites extrêmes de tout système d'instruction préparatoire. Il n'était pas difficile d'y faire rentrer dans leur rang les attributions particulières.

La question ne pouvait se poser sur un premier groupe d'opérations, celles qu'on a coutume de désigner sous le nom plus ou moins sincère *d'actes de recherches* : enquêtes, information, interrogatoire, constats. Ce sont là, selon la Jurisprudence, des prérogatives ordinaires de la police judiciaire.

Ce qui a été plus souvent débattu, c'est le pouvoir de contrainte attaché à certains actes d'instruction. Il a été reconnu aux préfets dans les termes les plus larges par la Jurisprudence, en dehors même

1. Marseille, 19 décembre 1874 ; Lyon, 23 juill. 1872 (S. 76.1.193 D. 74.2.20 ; D. 76.1.297). Ces tribunaux en faisaient même *une obligation* pour le préfet. Telle était aussi l'opinion exprimée par le Procureur Général de Royer dans son fameux réquisitoire en 1853. M. Rougier a également soutenu cette doctrine, se faisant bien entendu l'interprète du système jurisprudentiel. Les auteurs contestent formellement ce droit. Garraud, tome II, p. 560 ; Laborde, n° 822, p. 563. Ils semblent surtout préoccupés de réintégrer l'exercice des pouvoirs préfectoraux dans le cadre des textes.

du flagrant délit bien entendu : il en fut ainsi pour *le droit de saisie* (Cass. 16 août 1862. S. 1863.1.221), pour *le droit de perquisition* (Cass. 19 janvier 1866. S. 66.1.87.), chez les prévenus ou chez les *tiers* (Cass. 12 mai 1887. *Bull. Crim.* n° 180) pour *le droit d'arrestation* (Cass. civ., 3 août 1874, Requête, 8 févr. 1876. S. 1876.1.193). Il semble qu'un instant, aux alentours de 1876, les Tribunaux se soient départis de leur générosité habituelle. La Cour suprême allait même jusqu'à établir un rapprochement de principe entre les pouvoirs du préfet et ceux du procureur de la République. Ce ne fut en réalité qu'un revirement momentané et très partiel, motivé peut-être par le caractère même des actes qui lui étaient soumis (1), et il est évident qu'on s'est trop empressé d'en tirer des conclusions générales (2). Non seulement dans la conception qu'elle se fait de l'étendue des pouvoirs, mais aussi bien dans la forme des opérations accomplies en vertu de l'article 10, la Cour suprême a entendu placer les instructions préfectorales sur un plan sensiblement différent des instructions ordinaires. Il est remarquable que les auteurs eux-mêmes l'aient devancée sur bien des points. Ainsi M. le Professeur Gar-

1. C'est l'histoire bien connue des arrestations politiques opérées à la suite des événements du 4 septembre 1870. Les tribunaux inférieurs s'étaient montrés d'ailleurs beaucoup plus sévères. La Cour suprême ne retint qu'un grief contre les préfets : celui d'avoir mis en détention préventive un individu sans l'interroger à la suite de son arrestation. V. E. Garçon, *Rev. Pénit.*, 1901, p. 444 et suiv.

2. Garraud, *op. cit.*, t. II, n° 705.

raud ne fait aucune difficulté pour reconnaître que les prescriptions de la loi du 8 décembre 1897 ne s'imposent pas au préfet quelle que soit la nature de l'infraction instruite (1). On reconnaît encore au Préfet le droit de signer un mandat de dépôt (2). La pratique n'avait pas attendu sur ce point spécial, l'autorisation des auteurs (3).

La Jurisprudence elle-même a maintenu sa doctrine de 1853 et l'arrêt de la Chambre criminelle du 15 février 1918 ne peut laisser de doutes sérieux à cet égard (4). Enfin, des textes législatifs ne sont pas demeurés insensibles au mouvement général (Décret du 20 mai 1903, art. 93).

Tel est à peu près le tableau sommaire des pouvoirs accordés à la police judiciaire par l'article 10. Un arrêt assez récent vient nous rappeler que la Jurisprudence n'aurait peut-être pas encore atteint l'extrême limite de ses concessions en cette matière.

Nous n'examinerons pas les circonstances à la suite desquelles cet arrêt a été rendu. Le problème qu'il pose est le suivant : l'article 10, tel que l'entend la Cour de cassation, confère au préfet les pouvoirs les plus larges lorsqu'il s'agit de constater et d'instruire un crime ou un délit déjà réalisé. Ces pou-

1. *Op. cit.*, t. II, p. 571 et 572 ; Cass. 9 juin 1899, S. 1902.1.469.

2. V. Caullet, *op. cit.*, p. 235 et les auteurs cités,

3. Garçon, *Rev. Pénit.*, 1920, p. 48. V. aussi dans *Rev. Pénit.* 1901, les déclarations de M. Puibaraud, p. 227 et surtout les discussions finales de la Section sur ce point, p. 1145 et le vœu émis en faveur de l'extension de la loi du 8 décembre 1897 aux arrestations opérées en vertu de l'article 10.

4. *Bull. Crim.* n° 42.

voirs, si étendus qu'ils soient, peuvent-ils aller jusqu'à l'autoriser à prendre des mesures préventives à l'effet d'empêcher l'accomplissement d'un crime ou d'un délit dont la réalisation lui paraît possible, ou même probable d'après les circonstances portées à sa connaissance ? (1) La Cour de cassation a répondu par l'affirmative. Ainsi, les pouvoirs de contrainte que l'article 10 confère à la Police judiciaire à l'égard d'un crime ou délit réalisé, pourraient être employés à l'encontre d'une personne simplement suspecte d'une infraction future. Et M. le Conseiller Bricout, rapporteur de l'arrêt, justifiait ainsi cette extension nouvelle : « Celui qui a reçu de la loi la mission de constater les crimes et les délits, doit avoir le droit et même le devoir d'en empêcher l'accomplissement lorsqu'il les prévoit. » Cette considération évoque d'étranges et lointains souvenirs... Dans la séance du 26 août 1808, Napoléon disait : « que le préfet, comme chargé de la police administrative, veille sur les malfaiteurs, évalue leurs projets, fait saisir les pièces de conviction et s'empare des coupables. Il semblerait utile qu'il put aussi interroger sur-le-champ et constater les traces de tout crime quelconque... »

L'empereur faisait découler les pouvoirs d'instruction de la Police judiciaire de ses fonctions

1. Cass. civ., 3 novembre 1924. D. 1925.1.33. Note de M. le prof. Henry. V. aussi l'affaire des arrestations politiques préventives effectuées à la veille du 1^{er} mai 1929 dans les *Cahiers des Droits de l'Homme* (Public. de la Ligue), n° du 20 janv. 1930, Art. de M. Victor Basch, Président de la Ligue.

préventives. M. le Conseiller propose l'extension de ces pouvoirs, actuellement consolidés, de la constatation des infractions à leur prévention. Ainsi, le cycle se trouverait fermé. Et nous en serions toujours à nous demander pourquoi les desseins de « Sa Majesté », ont pu particulièrement passer pour despotiques. Il semble en réalité qu'à côté des textes clairs et libéraux de la Législation criminelle française, sur un plan différent et moins clair, une puissance organisée ait fait parallèlement son chemin. Ce n'est pas le moins attachant que d'apercevoir la continuité historique de cette puissance... On relèvera d'autres conséquences de cette même idée, en passant en revue les décisions jurisprudentielles relatives au pouvoir de délégation du préfet, à ses rapports avec ses magistrats, à sa responsabilité.

* * *

Les délégations du Préfet ont soulevé une double question en doctrine : celle de leur possibilité même d'abord. Celle de leur étendue, ensuite.

L'article 10, en effet, confère au préfet un droit d'action personnel, dont l'étendue a été examinée tout à l'heure, et en plus le droit de requérir les officiers de police judiciaire, afin qu'ils procèdent chacun en ce qui le concerne, ce qui semble bien vouloir dire : « dans les limites de leur compétence ». Cette restriction paraîtrait cependant tout à fait inutile ou plutôt superflue si le préfet avait des pouvoirs

personnels strictement égaux à ceux des officiers de police ordinaires. F. Hélie, qui s'efforçait de prouver cette similitude de pouvoirs, a vu le raisonnement et essayé d'y parer. Il a donc soutenu que « réquisition » dans le sens de l'article 10, voulait dire « délégation ». Ceci admis, il en tire l'argument suivant en faveur de sa doctrine : le préfet pouvant faire lui-même ou requérir « tous les actes nécessaires », il en résulte qu'il peut déléguer la plénitude de ses pouvoirs. D'autre part, les officiers requis ne pouvant faire légalement que les actes de la police judiciaire proprement dits, leur compétence ne peut être augmentée d'aucune façon par la délégation préfectorale. Conclusion : La somme des pouvoirs que le préfet peut déléguer aux officiers de police judiciaire, ne pouvant jamais dépasser la compétence de la Police judiciaire, *stricto-sensu*, le préfet n'a d'autres pouvoirs que ceux de la Police judiciaire, ainsi entendue (1).

Nous n'essayerons pas de montrer ce qu'il y a de forcé dans ce raisonnement. La Jurisprudence en a fait la démonstration péremptoire en le renversant au profit du préfet. Partant, en effet, avec Faustin Hélie, du principe que l'article 10 conférait au préfet le droit de délégation le plus absolu, elle en vint à admettre, tout naturellement, que ce fonctionnaire pouvait déléguer la plénitude de ses pouvoirs personnels entendus au sens le plus large. Elle poussa loin d'ailleurs la notion de cette délégation.

1. *Op. cit.*, t. III, n° 1209.

Nous examinerons dans le chapitre suivant la réglementation légale des commissions rogatoires ordinaires. Pour ce qui concerne le préfet, on peut dire en un mot que la Jurisprudence l'a affranchi de tous les scrupules juridiques se rapportant au droit et aux formes de la délégation. Un arrêt tout récent est venu apporter une vigueur nouvelle à cette doctrine (1). En rappeler l'espèce, c'est, croyons-nous, montrer, de la manière la plus saisissante, l'étendue véritable de ce droit.

Il s'agit, en effet, de cette réunion politique de la Rue Hermel à la suite de laquelle les agents de la Préfecture de Police avaient procédé à des arrestations nombreuses sur le soupçon que les manifestants étaient porteurs d'armes prohibées. Les commissaires allèguèrent en justice qu'ils avaient agi en vertu d'une délégation du préfet de police. Seulement, à l'audience il fut, paraît-il, impossible de préciser sur l'ordre de qui les agents avaient agi, et surtout sur l'ordre de qui les commissaires de police avaient fait procéder aux arrestations et perquisitions. On en fut donc réduit à prétexter d'un ordre *verbal* du préfet de police (2). Or, dit M. le Professeur Nast : « il semble bien résulter de l'arrêt de la Cour de Cassation du 19 janvier 1866, que la réquisition, pour être régulière, doit être écrite. Comme le remarque M. G. Le Poitevin (3), la réqui-

1. Paris, 28 juillet 1925. D. 1926. 2. 49.

2. Note de M. Nast sous l'arrêt.

3. C. I. C. annoté, art. 10, n° 32.

sition du préfet de police doit être assimilée à une Commission rogatoire du juge d'instruction. Or, il n'est pas douteux qu'une commission rogatoire doit être donnée par écrit » (1).

Cependant, la Cour de Paris a trouvé moyen d'affranchir le pouvoir de délégation du Préfet de police de toutes ces restrictions. En substance elle admet que le commissaire ou le simple agent de la Préfecture de Police représente son chef hiérarchique lorsqu'il agit et le représente dans toute l'étendue de ses pouvoirs. Car du moment qu'il n'est pas exigé que l'étendue du mandat soit déterminée d'avance, du moment qu'en pratique le commissaire pourra se croire représenter légalement le Préfet dans toutes ses initiatives les plus imprévues, cela revient à dire que les commissaires et agents de la Préfecture de Police seraient investis en fait, si cette jurisprudence était maintenue, des pouvoirs que l'art. 10 est censé conférer à la fonction elle-même du Préfet de Police.

Ainsi, malgré les résistances d'une doctrine conservatrice, qui tente désespérément de réintégrer le Préfet dans la nomenclature des officiers de Police Judiciaire, la Jurisprudence, s'efforçant de ne pas être en retard sur la pratique, isole de plus en plus du droit commun, le système d'instruction qu'elle a fait sortir de l'art. 10.

1. Garraud, t. III, n° 979. Dalloz. *Rép. prat.*, v° *Inst. Crim.* n° 661.

* * *

Ce parallélisme devient plus sensible encore lorsqu'on s'attache à considérer de près les *rapports entre la Préfecture de Police et le Parquet*, même à ne les considérer que du point de vue théorique. La volonté très précise du Législateur de 1808 a été, sans conteste, d'affranchir le Préfet de la hiérarchie judiciaire. Cette séparation des personnes devait aider à l'affranchissement des fonctions. C'est ainsi que s'est posée la question des *pouvoirs parallèles*.

Elle est trop classique pour qu'on s'y attarde. Les auteurs qui décident que les pouvoirs du Préfet de Police sont subsidiaires à ceux du Juge ou du Procureur de la République partent visiblement de la conviction profonde, malgré leurs concessions de face, que ce fonctionnaire n'est et ne peut être qu'un auxiliaire de la Justice (1).

S'attacher à cette doctrine, c'est résoudre la question par la question. La Jurisprudence s'étant fait de la situation du Préfet une conception radicalement différente, on aurait beau jeu à gager qu'elle consacrerait, le cas échéant, la solution contraire à celle des auteurs. C'est ce qu'elle ne manqua pas de faire le 27 décembre 1900 (2), décidant que le

1. Garraud, *op. cit.*, t. II, p. 572 à 574 ; Leloir, *C. I. C. annoté*, art. 10, n° 8 ; Duverger, *op. cit.*, t. I, p. 273, n° 88 est le plus catégorique de tous.

2. Tribunal Correct. de la Seine, 27 décembre 1900, cité par Rougier, *op. cit.* et A. Rivière, *Revue Pénitentiaire*, 1901, p. 1144.

Juge d'Instruction se trouvant saisi, rien n'empêchait le Préfet de Police d'ouvrir une instruction parallèle. M. Rougier en concluait avec raison qu'il serait bien étrange, dans ces conditions, que le Juge d'Instruction put lui-même dessaisir, par une intervention tardive, un Préfet de Police qui l'aurait précédé dans l'ouverture de l'information.

Il est vrai que les Préfets de Police ont de tout temps protesté de leur empressement à saisir la Justice de toutes les affaires qui leur venaient en mains. M. Puibaraud affirmait en 1901 que la procédure ne demeurait jamais plus de 24 heures à la Préfecture de Police. M. Lépine (1) disait aussi, non sans un soupçon de regret, illustrant d'ailleurs ses déclarations d'anecdotes personnelles qu'au cours de sa carrière il avait dû maintes fois se dessaisir du travail commencé au profit du Juge d'Instruction nommé. « Mais la Presse qui n'est pas dans le secret des Juristes, n'y comprenait rien... » C'est qu'elle était habituée à voir dans le Préfet de Police le « Grand Maître des Recherches administratives et judiciaires » (Garraud).

Il est non moins vrai que des circulaires ministérielles ont de temps à autre tenté de rappeler à la pratique une obligation dont l'oubli était de nature à engendrer des situations plus ou moins fausses dans le monde judiciaire. La circulaire du Ministère de l'Intérieur du 4 août 1906 est le type de ces docu-

1. *Bulletin de la Société des Et. Législ.* Séance du 18 février 1927. Question n° 63, p. 160.

ments. Mais l'art. 10 traversait alors une de ces crises mortelles dont toujours, par un sortilège qui n'a pas de mystère, il trouva moyen de sortir indemne.

La circulaire du 26 mars 1854 était déjà rédigée en des termes tout aussi impératifs que ceux de 1906 : « il est bien entendu, disait M. le Ministre à ses lieutenants, que si l'information a été commencée par l'autorité judiciaire, il ne peut plus y avoir lieu d'appliquer l'art. 10. » L'histoire ne nous dit pas que l'action préfectorale ait abdiqué de son indépendance dans les années qui suivirent la publication de cette bulle (1). Cette indépendance la Jurisprudence l'a reconnue ; elle est une conséquence, sinon inévitable, du moins logique, de la conception que le monde judiciaire et l'opinion publique se sont faits du rôle de la Préfecture de Police.



Cette indépendance s'est enfin manifestée à l'occasion de la *responsabilité* du Préfet agissant en vertu de l'article 10.

Pendant longtemps, la Préfecture de Police encouragée d'ailleurs par des convictions doctrinales très arrêtées et très sincères, a prétendu ne devoir répondre de ses actes, quelle qu'en ait été la nature, que, devant le Ministre de l'Intérieur. La

1. Morizot-Thibault, *op. cit.*, p. 38. *Revue Pénitentiaire*, 1909, p. 1144. Cf. Vidal et Magnol (1928, p. 891).

Jurisprudence du Tribunal des conflits (1) a longtemps donné raison à la Préfecture de Police. Les Tribunaux civils se déclaraient incompétents, le Juge d'Instruction lui-même n'acceptait pas d'être saisi lorsque les faits imputés étaient de nature criminelle.

Les fameuses décisions du 25 mars 1889, rendues à la suite d'incidents dont le caractère, bien entendu politique, était de nature à intéresser l'opinion, ont entendu mettre fin au régime « des actes du gouvernement » dans le domaine de la Police Judiciaire, rendant les agents, à raison de ces actes, justiciables des tribunaux de droit commun (2). Les auteurs se sont d'ailleurs empressés de refaire à la Préfecture un bouclier.

Du moment que son action est soumise au régime de la Police judiciaire, il est de toute nécessité qu'elle soit couverte par la voie de prise à partie (3).

1. M. Morizot-Thibault, *op. cit.*, p. 201 conteste vigoureusement la légalité de cette jurisprudence. Voici les arrêts cités par cet auteur : Tribunal des Conflits, 22 décembre 1880. S. 82.3.57 ; 29 janvier 1881. S. 82.3.74 ; 2 avril 1881. S. 83.3.71.

Avant le décret du 19 décembre 1870, en vertu de l'art. 75 de la constitution de l'An VIII, les agents administratifs autres que le Ministre ne pouvaient être poursuivis pour des faits relatifs à leur fonction, qu'à la suite d'une décision du Conseil d'Etat. Le Décret de 1870 abrogea cet article ainsi que « toutes les dispositions générales ou spéciales ayant pour but d'entraver les poursuites dirigées contre les fonctionnaires de tout ordre ».

2. S. 91.3.32. D. 90.3.67.

3. Garraud, *op. cit.*, t. II, p. 578.

Dans son arrêt du 8 février 1876 (D. 76.1.289) la Cour suprême avait cependant rejeté expressément cette théorie. Il est de tout intérêt de rappeler ici les motifs : Le Préfet, dans l'exercice de

M. Rougier estime d'ailleurs que la décision du Tribunal des Conflits qui fait rentrer la responsabilité des agents préfectoraux dans le droit commun, est inconciliable avec le régime spécial créé d'autre part à l'action judiciaire de cet organisme. L'auteur serait plutôt tenté de croire, qu'une hostilité momentanée ayant inspiré ce revirement, il ne serait pas étonnant que tôt ou tard on revint au privilège. « D'autre part, dit-il, le particulier qui voudra obtenir une restitution ou des dommages-intérêts, se heurtera à l'exception d'incompétence qui, on peut le dire, en cette matière est de style. L'exception repoussée, si elle l'est, on soulèvera le conflit et le fond du débat ne sera abordé que lorsque le Tribunal des Conflits aura statué. Il faut reconnaître qu'un plaideur, qui n'aurait pas la résistance financière ou morale suffisante, ferait mieux de se prêter aux conseils de la modération (1).

§ 3. — LES AVENTURES DE L'ARTICLE 10.

Tel est donc dans ses lignes les plus générales le régime particulier créé par une pratique plus ou moins avouée, à la police du Préfet au moyen de l'art. 10.

ses fonctions judiciaires, n'est assimilé, ni aux magistrats du Ministère Public, ni aux autres fonctionnaires de l'ordre judiciaire.

I. V. aussi le rapport de M. le Professeur Hugueney sur le projet Renoult dans le *Bull. de la Société des Etudes Législat.*, année 1926, question n° 63, page 71.

Il n'est pas dans notre intention de l'apprécier au point de vue des principes. L'esprit général de cette étude tiendra lieu de critique.

S'il nous est permis d'user de ce néologisme, dont nous ne pouvons revendiquer la paternité, c'est bien là un régime essentiellement « extralégal ». Et il est admirable que les auteurs, qui se sont arrêtés avec la plus entière complaisance à cette formule élégante, lorsqu'il s'est agi de couvrir d'une apparence de légitimité les opérations les plus témérairement illégales de la Police Judiciaire et l'arbitraire le plus criant des magistrats dans le domaine de leur activité, ces mêmes auteurs ont réalisé des prodiges de virtuosité juridique pour convaincre de l'illégalité de ses procédés un corps participant beaucoup plus de l'ordre administratif que de celui de la Justice, et s'étant créé bien naturellement des mœurs et une mentalité appropriées.

Car c'est là que réside le plus grave des dangers qu'un système jurisprudentiel trop utilitaire a pu tolérer.

L'art. 10 a certes rendu un service inestimable, si, comme il est probable, c'est à lui qu'on doit la création de ce remarquable noyau de police centralisée, et progressive à tous les points de vue. Mais un vice constitutionnel est né fatalement du sein même de ses qualités. C'est parce qu'il s'est développé à l'écart des réglementations législatives, c'est parce qu'il a été créé des nécessités mêmes de la lutte sociale, c'est parce qu'il s'est modelé sur ces

nécessités, parce qu'il s'en est fait une nature et un caractère que ce corps d'action remarquable est impropre à remplir les fonctions judiciaires, telles du moins que le législateur français s'est plu à les définir. « Je veux qu'en ce qui concerne l'instruction même, les questions à poser, les réponses à recueillir, ce soit le juge avec les garanties qu'il offre, les responsabilités qu'il a, qui fasse cette œuvre. Je veux que ni officieusement, ni indirectement, il ne laisse se substituer à lui ces agents de la Préfecture de Police qui sont insaisissables, qui s'évadent, qui se dissimulent dans les couloirs de la Préfecture, toutes les fois que se pose la question de la responsabilité, qui, si souvent échappent aux sanctions qui, le plus souvent, sont sans moralité (1). »

Il y a là une question d'une ampleur insoupçonnée, aussi lui réservons-nous ailleurs un examen d'ensemble. Disons cependant, dès à présent, et avant de quitter le domaine de l'art. 10, que ce caractère semi-administratif ou politique et semi-judiciaire que l'on est forcé de trouver à l'origine des pouvoirs de la Police Préfectorale, c'est là la source première du danger. Lorsqu'on est fasciné par le but à atteindre, il est rare qu'on ait la force d'apercevoir les obstacles juridiques. Cette force de résistance, on ne peut l'attendre que d'une conscience lentement et solidement construite sur des habitudes

1. Viviani à la Chambre en 1897 (à propos de l'affaire Pélissier).

et des intérêts qui ne sont pas ceux de la Préfecture de Police. Il serait puéril d'en faire grief au corps d'action lui-même. La réprobation doit atteindre ceux qui abdiquent les pouvoirs de justice que la loi a mesurés, combien rigoureusement, sur leurs capacités professionnelles, ceux qui le tolèrent, ceux qui l'approuvent. « En réalité c'est ce régime que certains désirent sans l'avouer, et c'est non la lenteur mais les scrupules de la Justice qu'on incrimine. La Sûreté « marche » sur des indices insuffisants aux yeux des Magistrats : dénonciations anonymes, rapports d'indicateurs, racontars de gens tarés. Ce n'est que l'expédition terminée qu'on peut savoir si quelque chose la justifiait (1). « Nous faisons, disait en effet M. Puibaraud, « de ces besognes préparatoires qui ne sont pas toujours très élevées, mais qui sont parfois très utiles. Nous ménageons ainsi la respectabilité des Magistrats (2). »

L'on ne se dissimule pas d'ailleurs la situation pour le moins étrange que ces rapports quotidiens sont susceptibles de créer à la Magistrature. Nous laissons de côté les conflits entre services et rivaux, dont M. Morizot-Thibault, M. Ribot et d'autres ont rapporté des exemples typiques. Jamais d'ailleurs ils ne trouvent d'écho hors du Palais.

Dans un ordre d'idées non moins graves, M. Rougier se demande si la Justice arrive toujours à redresser ce que le zèle hâtif de la Préfecture a

1. R. Rougier, *op. cit.*

2. *Revue pénitent.*, 1901, p. 228, etc. . .

faussé au point de départ. « Le substitut, dit-il, ne craindra-t-il pas souvent de se mettre à la traverse d'intérêts d'ordre supérieur ? Ne craindra-t-il pas de froisser une autorité qui passe à tort ou à raison pour fort susceptible ? Ne sera-t-il pas tenté d'éviter les responsabilités en laissant au Tribunal le soin de décider ? Le Tribunal pourra-t-il conserver son indépendance entière lorsqu'il ne sera plus permis d'ignorer que le Pouvoir croit avoir un intérêt en jeu ? Les magistrats n'ont pas toujours protesté contre cet état de choses. Des arrêts proclament avec reconnaissance l'utilité pratique de l'action préfectorale. Les magistrats ont même été menés à profiter plus directement des facilités de l'art. 10... » A quoi bon continuer ? qui ne connaît des abus si fréquemment signalés, non pas dans la presse intéressée, mais au cours des réunions d'hommes de science, les moins suspects.

A quoi sert en un mot d'alerter tous les dix ou vingt ans les Chambres législatives, de les entretenir de systèmes d'instruction les plus raffinés, lorsque ces instructions viendront toutes faites au contrôle, et, proportions gardées, faites selon des procédés prévôtiaux ? Lorsqu'en 1670 Lamoignon proposait, non pas d'abolir la torture, mais d'en réglementer uniformément les procédés, Pussort, dit M. Esmein, fit cette réponse étonnante : « Il est difficile de rendre la question uniforme. La description qu'il en faudrait faire serait indécente dans une ordonnance... »

Il est enfin un dernier danger qui résulte de la

puissance du Préfet, c'est le danger politique. Nous n'y insisterons pas. Car, dit encore M. Esmein, ce qui participe de l'arbitraire par son essence, ne saurait être réglementé. C'est cependant ce côté politique de l'art. 10 qui a de tous temps soulevé des « tempêtes d'indignation ». En matière de droit commun « l'arbitraire ne choque personne ». Il est vrai qu'on peut être à tout moment inquiet pour ses opinions politiques. Au lieu que seuls les ennemis de l'ordre social pourront souffrir de l'arbitraire judiciaire proprement dit. Quelques professeurs, quelques curieux, s'occupent de temps à autre (n'est-ce pas leur métier?) des iniquités quotidiennes commises aux dépens des hères que le mécanisme social élimine.... Frigide raisonnement de l'égoïsme bien portant. Aussi la permanence de cette menace politique, qui est dans l'art. 10, nous semble-t-elle par moments comme la rançon de l'autre indifférence.

Menacé mille fois depuis 1879, l'article 10 s'en est toujours tiré par un miracle de la minute suprême. Cette vitalité extraordinaire serait due, selon les uns, à la raison d'Etat. Selon d'autres, à la tendresse des magistrats, ou au réveil de l'instinct de conservation devant ce qu'on appelle les « crises de la répression ». Après le projet Clémenceau-Monis, après la proposition Meunier (1), il a encore échappé

1. Adopté le 22 juin 1922 par le Sénat, le texte de Paul Meunier fut renvoyé six ans après devant la Chambre, le 6 juin 1928. Celle-ci était saisie dans l'intervalle du projet Renoult. Ainsi les

à la peine suprême que lui réserve l'ancien Garde des Sceaux M. Renoult dans son projet du 5 décembre 1924. La Commission de la Société des Etudes Législatives lui ménageait un traitement moins sévère. Le texte modificatif adopté par la moitié de cette Commission limite au seul Préfet de Police les pouvoirs de Police Judiciaire de l'article 10 et ne les lui confère qu'au cas d'extrême urgence, et à charge de transmettre sa procédure au Procureur de la République dans les 24 heures. Et revenant à la conception première du Conseil d'Etat en 1808, il limite l'exercice de ces pouvoirs exceptionnels à l'hypothèse de crime contre la Sûreté extérieure ou intérieure de l'Etat (1).

La législation pénale française possède comme toute législation, son système d'instruction, qu'elle vient compléter ou amender lorsque le besoin s'en fait sentir. Ce système présente évidemment aux yeux du législateur un maximum de garanties, dont la principale réside dans la confiance inspirée par les Magistrats et par l'ordre de leurs fonctions.

Lorsque les Magistrats voudront, mais surtout lorsqu'il leur sera possible de satisfaire rigoureuse-

deux textes se trouvaient en même temps pendants devant la Commission de législation civile et criminelle de la Chambre. Sous la présidence de M. Hesse et sur rapport de M. Louis Roland cette Commission vient d'adopter, sans modifications, le texte voté par le Sénat.

1. V. le Rapport précité de M. le professeur Hugueney à la Société des Etudes Législatives.

ment à la volonté légale, l'abrogation de l'article 10 sera inutile. Tant qu'ils ne sauront ou ne pourront le faire, il ne servira toujours à rien d'abroger l'article 10.

CHAPITRE IV

POUVOIRS DE LA POLICE JUDICIAIRE EN MARGE DES TEXTES LÉGAUX

BIBLIOGRAPHIE.

Circulaires. — Jacquinot-Pampelune, 1817, Atthalin 1897, etc. . .

Faustin-Hélie. — Traité, t. III, livre III, chapitre 3, § 4.

Garraud. — Traité, t. I (1907), nos 247 à 295, t. II (1909), nos 726, 727, 748 à 752 ; t. III (1912), nos 898 à 923, 964 à 980, t. IV (1926), no 1317 à 1322, 1537 à 1539.

Morizot-Thibault. — L'instruction préparatoire. Dernière partie : De quelques pratiques judiciaires.

Le Poittevin. — Dictionnaire des Parquets vo Enquête Officiuse.

Leloir (G.). — Les Enquêtes Officieuses en matière Criminelle (France Judiciaire, 1882-1883, 1^{re} partie, p. 181 et suiv.).

Demogue. — Du droit pour le ministère public de se constituer un dossier secret (Rev. Crit. Législ., 1908, p. 333 et suiv.).

Nadau. — Les Enquêtes Officieuses. Thèse Lyon, 1913,

Rev. Pénitent. — 1898-1896 (Rapport A. Le Poittevin) ; 1908 (Rapport Drioux) ; 1920 (Rapport Kahn) ; 1928 (Rapport Garçon).

Geny. — Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2^e édition. Paris, 1919. Librairie Générale du Droit.

Pascal (F.). — Le rôle judiciaire du commissaire de police. Paris, Dalloz, 1923.

Picard (CH.-F.). — L'exercice du droit d'arrestation par la Gendarmerie. Sirey 1929.

Rousseau (H.). — Des fonctions de police judiciaire de la Gendarmerie Nationale (Rev. Crit. 1906, p. 283 et suiv.).

Locard. — La police, ce qu'elle est, ce qu'elle devrait être.

Chardon. — L'organisation de la police, Paris, Bossard, 1917.

- Dilnot (G.)*. — *Great Detectives and their Methods*. Geoffrey Bles. (P. 64 «If... »):
- Coulon (H.)*. — *De la liberté individuelle*. Marchal et Billard, 1901.
- Vernet (J.)*. — *Les arrestations, les perquisitions*. Th. Paris, 1924.
- Bouchardon (Pierre)*. — *Le Banquier de Pontoise* (Les Œuvres libres, n° de mars 1929).
- London (Géo)*. — *Les Grands Procès de 1927*, les Editions de France, 1928, les *Conjurés catalans*.
- Le Temps* du 5 novembre 1922 (Vonoven) affaire Vlachos.
- Le Journal* du 21 décembre 1929 affaire Clément.
- Les cahiers des droits de l'homme*, 10 janvier 1929, affaire Bou-trois surtout 30 novembre 1929 (Article de M. de Mar-mandes : les brutalités policières) 20 novembre et 10 décembre 1929, 20 janvier 1930.
- Les journaux du 30 novembre 1929. Interpellations à propos de l'affaire Almazian.

Fortement engagée par le vague des définitions légales, égarée encore dans la notion exacte de ses pouvoirs par le contact des habitudes administratives, il eût été bien étonnant, en vérité, que la police judiciaire s'arrêtât à une limite que personne n'était disposée à lui tracer. Bien au contraire, dès 1817 des circulaires se faisaient un devoir de lui montrer qu'elle pouvait se dispenser d'observer les distinctions légales. Quant aux magistrats, ils ne furent pas longs à imaginer la formule d'apparence juridique qui conviendrait le mieux à leur nouvelle abdication de pouvoirs au profit de la police judiciaire. Après avoir tiré le parti le plus avantageux de la notion de délégation, lorsqu'il fût enfin résolument impossible d'incorporer les nouvelles attributions de leurs subordonnés dans un cadre légal quel-

conque, faisant appel à un procédé qui n'eût été intelligible que sous l'empire des preuves tarifées de l'ancien Droit, ils déclassèrent les actes d'instruction accomplis par la police judiciaire, en leur accordant une force probatoire nominale inférieure. Ce furent des « actes officieux » valant comme « simples renseignements ». L'on verra le sens qu'il faut attribuer à ces formules. En réalité, dès les premières années du régime, le domaine de l'instruction tout entier se trouvait virtuellement ouvert à l'activité policière. Si elle ne l'occupa que par étapes, d'ailleurs accélérées, c'est que tout simplement l'extension de ces pouvoirs en même temps que leur homologation judiciaire, se mesuraient au rythme de son développement organique et de son perfectionnement technique.

C'est cet examen d'ensemble de l'envahissement policier de l'instruction que nous comptons faire maintenant, et, dans ces conditions, il pourrait sembler vain que nous nous soyions attardés au cours des chapitres précédents, à étudier séparément l'usage fait dans un sens extensif de certaines notions légales. Il nous a semblé qu'en prenant pour base des points fixes, des textes de loi plus ou moins explicites, nous arriverions à rendre plus sensible le mouvement de progression des pouvoirs policiers. Au moment de pénétrer dans le domaine officieux, le point de repère, le point de comparaison offert par les bornes légales, va nous manquer. Il serait certes exagéré de prétendre que les Tribunaux aient

totale^{ment} abdiqué leur rôle régulateur en cette matière où la carence législative se fait le plus vivement sentir. Il semblerait plus difficile encore d'apercevoir dans leurs décisions les lignes cohérentes d'une construction limitative quelconque. Renversant formellement le principe des incompatibilités légales lorsqu'il était question des agents procédant en vertu d'une délégation, même douteuse, du Préfet de police, la Cour Suprême ne pouvait, raisonnablement retirer à ces mêmes agents, ces mêmes pouvoirs, lorsqu'ils agiraient dans la sphère d'action du Parquet.

Dans la pratique, l'action policière se présente sous deux aspects différents selon qu'elle procède d'un ordre émanant de l'autorité judiciaire compétente, ou que prévenant les réquisitions de ces chefs, ou encore ceux-ci se trouvant incompétents, elle prend la liberté d'agir par la voie officieuse.

Au fond ce n'est là qu'une différence de surface. Qu'elle soit déléguée ou spontanée, l'action policière conserve son caractère propre, et cela est d'autant plus vrai que les délégations affectent souvent, dans les centres populeux, la forme la plus générale. Malgré tout, la délégation présente de certains avantages, qu'il serait peu prudent de méconnaître. D'abord, elle enferme les délégués dans le réseau des garanties légales, dont l'observation s'impose au magistrat lui-même. Ensuite, elle fait rayonner les opérations d'instruction autour d'une véritable

autorité judiciaire, qui en assume la responsabilité morale. Ceci peut paraître à première vue une pure satisfaction accordée aux principes. Il est vrai que la manière dont se pratiquent les délégations est plutôt décourageante à cet égard. L'on ne peut nier cependant que l'ascendant moral de l'Autorité judiciaire, même exercé à distance, soit d'un effet plus rassurant sur le caractère des opérations de police, que celui des habitudes administratives.

SECTION PREMIÈRE

Les pouvoirs d'instruction délégués à la police judiciaire.

« Le principe de l'instruction préalable est que le juge doit la concentrer tout entière entre ses mains, procéder personnellement à tous ses actes..., et imprimer ainsi à toutes ses mesures une parfaite *unité*... La constatation par le juge est l'un des moyens les plus efficaces de l'instruction. S'il déléguait cette inspection, il abdiquerait sa principale mission, car il accepterait une appréciation qui ne serait pas la sienne, il ferait entrer dans sa procédure des éléments qu'il n'aurait pas contrôlés » (Faustin Hélie).

Voici rappelé dans les termes les plus expressifs le principe même de l'inquisition. L'appréciation définitive de la culpabilité n'étant en quelque sorte que la somme des appréciations successives qu'im-

pliquent les actes d'instruction, ces actes, qui sont autant d'appréciations, appartiennent à la compétence exclusive d'un juge. Aussi, dès l'ancien Droit, du moins dès la grande Ordonnance, la délégation de ces pouvoirs était-elle considérée comme incompatible avec leur nature même. « On peut regarder comme une règle générale, disait Jousse, que les délégations n'ont pas lieu en matière criminelle, même en matière d'information ». Le Code d'Instruction Criminelle, suivit, sur ce point, la tradition d'une manière, peut-on dire, absolue. Le projet de ce code était plus exclusif que le texte actuel. Si les articles 83 et 84 admettaient, dans un cas unique, la délégation, un Juge d'Instruction seul pouvait en être investi.

La Commission du Corps législatif fit entendre la première des réserves inspirées de considérations pratiques : « Elle apercevait un grand inconvénient à imposer au Juge d'Instruction la nécessité absolue de se transporter à la demeure des témoins qui se trouveraient dans l'impossibilité de comparaître. Il peut en résulter des voyages assez longs dans des pays où suivant les saisons, les voyages seraient pénibles. De là, des pertes de temps et des dépenses considérables (1). » Ces « pays lointains », ces « voyages pénibles », ces « dépenses considérables, » si l'on songe qu'il s'agit de l'étendue d'un même arrondissement, sont des considérations qui ne con-

1. Locré, t. XXV, p. 224.

servent leur valeur que dans le cadre historique de la rédaction des textes.

Le caractère rigoureusement limitatif des exceptions admises à l'unité de l'instruction, apparaît assez clairement dans les termes mêmes des textes qui les introduisent : « Lorsqu'il sera constaté par le certificat d'un officier de santé que des témoins se trouvent dans l'impossibilité de comparaître... le juge se transportera » dit l'article 83 C. I. C. C'est l'impossibilité absolue où se trouve le témoin de se déplacer par suite d'infirmité ou de maladie qui crée le droit de déléguer. L'article 84 lui-même n'entendait pas être plus large, quoiqu'on l'ait souvent soutenu : « Le Juge d'Instruction, dit ce texte, requerra son collègue de l'arrondissement où les témoins résident, *de se transporter auprès d'eux, pour recevoir leur déposition.* » Il suppose donc aussi qu'une impossibilité physique absolue empêche les témoins de se déplacer, afin de se rendre auprès du Juge saisi qui seul a compétence pour l'ensemble des opérations en cours. L'article 86 enfin, qui prononce les sanctions, confirme définitivement cette interprétation.

Les premiers interprètes du Code d'Instruction criminelle étaient pénétrés de l'esprit de ces dispositions. Par un arrêt du 27 août 1818 (1), la Cour de cassation déclarait que : « dans l'exercice du droit de délégation, les juges d'instruction sont renfermés

1. J. P., t. XIV, p. 1013.

dans le cercle étroit des dispositions des articles 83, 84 et 90. »

Mangin se faisait le porte-parole de la doctrine la plus restrictive : « Les délégations, disait-il, sont un obstacle à ce que les informations soient faites avec l'exactitude, l'unité de vue et la perfection désirables. Le juge délégué ne connaît que les parties de l'instruction qui ont été détachées du tout. En supposant même que les notes qui lui sont transmises soient claires et complètes, ce qui n'arrive pas toujours, il est hors d'état d'apprécier la valeur de plusieurs particularités dont parlent les témoins, et sur lesquelles il serait important qu'ils s'expliquassent davantage, particularités que le juge déléguant n'a pu prévoir parce qu'il ignore ce que le témoin dira. La représentation des pièces de conviction, la confrontation du prévenu, si souvent nécessaires deviennent impossibles. Tous les Procureurs généraux ont dû remarquer que la plupart des procédures, dans lesquelles le Juge d'instruction avait usé de la faculté de déléguer, étaient imparfaites. Ainsi, loin de faciliter l'usage de ce droit, ils doivent autant qu'ils peuvent en restreindre l'exercice, et tenir la main à ce que dans les affaires graves du moins, les juges d'instruction entendent personnellement les témoins, quels que soient le canton ou l'arrondissement qu'ils habitent » (1).

Bien vite cependant les doctrines extensives commencent à se faire jour.

1. Mangin, *De l'Instruction écrite*, t. I^{er}, p. 191.

Le Code faisait d'abord lui-même une large brèche à ses principes pour le cas du flagrant délit (art. 52 et 283). Ce sont des considérations d'ordre pratique qui déterminèrent comme toujours le mouvement d'extension. Ainsi, dès 1811, le ministre de la Justice conseillait aux magistrats d'éviter les déplacements et de recourir le plus possible aux délégations « dans l'intérêt de l'économie des frais de justice » (1).

Legraverend enseignait le premier, selon Faustin Hélie (2), que les dispositions du Code étaient « indicatives et non pas limitatives ». La Cour de cassation revenant sur sa première jurisprudence, jugeait aussi que « l'article 83 qui spécifie un cas où le juge d'instruction peut déléguer un juge de paix pour entendre des témoins, n'est pas limitatif » (3).

C'est encore une idée de Faustin Hélie, que lorsqu'on a dépassé une fois la limite légale, il devient difficile désormais de s'arrêter. La matière présente nous en fournit la meilleure démonstration.

* * *

C'est du côté de la compétence territoriale que l'extension se fit le plus facilement admettre.

La raison, qui avait principalement déterminé les

1. Circulaires : 19 avril 1811, 23 sept. 1812, 9 avril 1825, 16 août 1842, 15 mai 1855.

2. T. IV, n° 1902.

3. Cass., 6 mars 1841. *Bull crim.*, n° 56.

rédacteurs du Code à accorder le droit de délégation, si contraire à l'esprit de leur système, se trouvait visiblement dans la crainte de l'impossibilité matérielle de certains déplacements, augmentée encore à raison des difficultés de communications de l'époque. C'est là ce qui a dû justifier dans sa pensée aussi bien les dispositions relatives à l'audition des témoins, que celles concernant le déplacement provisoire de l'Instruction au cas où le prévenu serait arrêté à une distance considérable du siège du juge. Si la pratique et la jurisprudence étaient décidées de se conformer à l'esprit de la législation, c'est plutôt une tendance de plus en plus restrictive du droit de délégation qui aurait dû prévaloir, l'amélioration des voies de communication venant de plus en plus réduire la portée des scrupules du législateur Impérial.

C'est cependant la doctrine la plus commode pour les magistrats qui prit le dessus (1). A l'encontre des prescriptions formelles du Code, le Juge d'Instruction fut dispensé de procéder par lui-même aux actes d'instruction lors même qu'aucune difficulté matérielle ne l'obligerait à se dessaisir (2). C'est qu'en effet il est intervenu une modification radicale dans la notion de cette institution. Selon F. Hélie, interprète fidèle de la pensée des premiers législateurs, « le but de la délégation n'est pas de

1. Legraverend, t. I^{er}, p. 285 (Législation Criminelle) ; Duvergier, *op. cit.*, t. II, p. 329.

2. Cf. Cassation, 8 juin 1872. Dall. 72.I.381 et D. 72.I.157 (motifs).

donner au Juge d'Instruction *un auxiliaire* qu'il charge de l'accomplissement de quelques-uns des actes de la procédure, mais seulement de pourvoir à l'exécution de ceux de ces actes qu'il lui serait impossible d'accomplir par lui-même » (1). Que l'on renverse l'ordre de ces sentences et l'on a le sens moderne de la délégation.

Du moins, cet auxiliaire que l'on donnait ainsi au juge d'instruction ne pouvait être dans la conception des premiers interprètes qu'un magistrat, juge d'instruction, juge de paix et par là l'on se rapprochait, plutôt dire. on ne s'éloignait pas exagérément de l'esprit des textes (2).

Ainsi, Legraverend propose d'étendre la compétence d'instruction des *juges de paix* du canton même de l'instruction. La circulaire précitée de 1811 prescrit de requérir *le juge* du lieu de résidence des témoins, et se borne à généraliser sa compétence en dehors de l'hypothèse, la seule prévue par le Code, où des raisons de santé s'opposaient au déplacement du témoin.

* * *

Entrant ici aussi dans la voie de l'extension, la Jurisprudence finit par autoriser le juge d'instruction à commettre tous les officiers de police judi-

1. *Op. cit.*, t. IV, p. 548.

2. Le Code (art. 52 et 283) n'accorde qu'au cas de flagrant délit le droit d'adresser une commission aux officiers de police auxiliaires du Parquet.

ciaire, auxiliaires du Procureur de la République ; les commissaires de police (1), les maires et adjoints (2), les officiers de gendarmerie, et même les simples gendarmes qui n'ont pas qualité d'officier (3), enfin le Procureur de la République lui-même (4). L'hypothèse, prévue par les arrêts quant à ce dernier, est celle où il est appelé à recueillir des renseignements sur les antécédents, la situation de famille, etc... de l'inculpé. Le signataire de la note au Sirey (1907.4.198) remarque avec raison cependant qu'il serait difficile de limiter à ces opérations les pouvoirs d'instruction du chef du Parquet procédant sur délégation, du moment qu'on s'accorde à reconnaître au dernier de ses subordonnés de la Police Judiciaire, le droit d'être délégué aux actes d'instruction les plus importants.

La subdélégation elle-même, jadis refusée par une doctrine quasiment unanime, n'est plus une nouveauté dans les mœurs judiciaires (5). Il y a dans les grandes villes des commissaires de police spécialisés dans l'exécution des commissions rogatoires, et que l'on appelle « Commissaires aux Délégations Judiciaires ». Ce Commissaire principal répartit

1. Cass., 14 juin 1866. D. 66.5.251 et S. 1867.1.189 ; 21 novemb. 1879. *Bull. Crim.*, 199 ; 12 novemb. 1896, *Bull. Crim.*, n° 325, 15 nov. 1917. D. 1922.1.156 ; 29 mars 1917. S. 1920.1.189.

2. Cass., 8 juin 1872. D. 72.1.381.

3. V. Garraud, *op. cit.*, t. III, p. 288. Circul. du Minist. de la Justice, 21 mars 1898 ; Cass. 15 nov. 1917. D. 1922.1.156.

4. Cass. 5 sept. 1901. D. 1903.1.622 ; 24 décemb. 1904. D. 1905.1.206 ; S. 1907.1.198 (Note M.N.)

5. Trib. Correct. de Versailles, 9 mai 1908. *Gazette des Trib.*, 7 juill. 1908, note.

les commissions rogatoires aux officiers ou agents de son service, par voie de subdélégation. Ce même droit est reconnu à tous magistrats ou officiers de police judiciaire (1).

L'article 90 du projet déposé à la Chambre le 5 décembre 1924 vient consacrer cette double extension du droit de délégation, *ratione loci* et *ratione personnae* : « Le juge d'instruction peut requérir par commission rogatoire un juge de paix du ressort de son tribunal, un juge d'instruction ou tout officier de police judiciaire, de procéder à tous actes d'instruction dans les lieux soumis à la Juridiction de chacun d'eux. »

* * *

Une troisième extension va se trouver ainsi consacrée par ce texte récent, qui l'était également depuis longtemps dans la jurisprudence. Les opérations d'instruction que le Code permettait au juge d'instruction de requérir étaient peu nombreuses : dans le ressort même de sa compétence territoriale, l'audition des témoins, celle-ci facultative ; dans le ressort du magistrat commis, l'audition des témoins, la perquisition et saisie (art. 90). Enfin, dans l'hypothèse de l'arrestation de l'inculpé dans un ressort autre que celui du juge saisi, celui-ci était obligé de déléguer le magistrat instructeur du lieu où le prévenu se trouvait provisoirement en

1. P. Cuche, *Précis de droit criminel*. Paris, Dalloz, 1929, p. 351.

dépôt, afin de procéder à l'interrogatoire immédiat (art. 103). Ces deux derniers cas de réquisition obligée, la perquisition de l'article 90 et l'interrogatoire de l'article 103, s'expliquaient d'eux-mêmes, l'incompétence du juge saisi expirant aux limites de son arrondissement. « C'est la nécessité même, disait Faustin Hélie, qui opère la délégation, et cette mesure ne fait que transporter l'exécution de l'acte délégué des mains du juge saisi aux mains d'un autre juge, *qui tient de la loi* le pouvoir de procéder à cette exécution. » Pour la même raison, la délégation des pouvoirs d'instruction aux officiers de Police Judiciaire auxiliaires, devenait possible dès qu'il s'agissait d'un flagrant délit, la compétence légale de ceux-ci se trouvant augmentée en ce cas en dehors de toute délégation (art. 52 et 283, C.I.C.)

La jurisprudence allait cependant décider qu'en dehors même de l'hypothèse du flagrant délit, ces officiers se trouveraient habilités à procéder aux actes que la loi semblait réserver au juge, par l'effet d'une simple délégation de pouvoirs. Contre cette nouvelle tendance Faustin Hélie déploya le meilleur de ses ressources juridiques. Il crut devoir cependant s'arrêter à une doctrine suffisamment conciliante, qui consistait à départir en deux groupes les actes d'instruction ; les uns ayant pour objet de simples « constatations matérielles » pouvant être par conséquent autorisés aux officiers de police par voie de délégation ; les autres, supposant un pouvoir d'appréciation, et par ce fait même rigou-

reusement réservés au juge en personne (1)

Nous aurons à examiner la valeur et la portée de ce criterium à propos des enquêtes officieuses, car là du moins, semble-t-il, la jurisprudence a montré des velléités de se l'approprier. Mais pour ce qui regarde la matière des délégations d'instruction, on peut affirmer avec M. le professeur Garraud (2) qu'ici, jamais la jurisprudence ne voulut accepter la solution transactionnelle du grand criminaliste. Elle avait d'ailleurs pour elle l'opinion de Duverger (3) qui reconnaissait au juge d'instruction le droit de commettre un officier de police auxiliaire afin d'interroger le prévenu et de procéder à une visite domiciliaire. « La délégation est de droit commun, disait aussi M. Massabiau (4), toutes les fois que la loi ne la défend pas formellement. » C'est sous une forme lapidaire la doctrine même des tribunaux depuis la seconde moitié du XIX^e siècle (5), celle que le projet Renoult se propose de substituer défi-

1. *Traité de l'Instruction Crim.*, 2^e édition, 1866, n° 1904.

2. *Op. cit.* t. III, p. 287.

3. *Op. cit.*, t. II, p. 301, 367 et suivantes.

4. *Manuel du Ministère Public*, 5^e édition, t. II, p. 190, n° 2433 ; cf. G. Le Poittevin, *C. I. C. annoté*, art. 85, n° 42.

5. Cassation, 6 mai 1841, précité ; 8 juin 1872, précité (perquisition) ; 16 juillet 1868. *Bull. Crim.*, n° 168 (interrogatoire) ; 14 février 1925 (perquisition-saisie, impl.) ; Tribunal Correctionnel Narbonne, 28 mai 1926. *D. H.*, 1926, p. 415 (Impl.)

Les seuls actes dont la délégation ne soit pas permise, ce sont les trois mandats. M. Garraud observe fort justement que « les mandats étant exécutoires dans toute l'étendue du territoire, une délégation serait, du reste, inutile ». Les pouvoirs juridictionnels du juge d'instruction restent en dehors de la matière que nous examinons. Il est évident qu'il ne peut être question de déléguer ces pouvoirs.

nitivement à l'un des principes les plus fondamentaux du système d'instruction imaginé par les jurisconsultes de Napoléon. Il reste acquis en attendant qu'un officier de police judiciaire quelconque et à la rigueur un simple agent, peuvent se trouver officiellement investis des pouvoirs d'instruction du juge, et accomplir en son lieu et place, les actes principaux de cette instruction. Il est impossible, d'autre part, de se méprendre sur la portée des opérations ainsi accomplies. Ce sont de véritables opérations d'instruction au même titre que celles du juge.

Ainsi, dans les circonstances les plus graves, lors même qu'il s'agit d'une accusation capitale, et que la culpabilité ne soit pas évidente à raison de la flagrance du crime, la garantie fondamentale de la loi, qui réside dans la personnalité même du magistrat instructeur compétent, pourra, par un acte de volonté de celui-ci, se trouver déplacée sur de simples auxiliaires de la poursuite, dans les actes décisifs de l'information.

Cette situation, suffisamment imprévue par elle-même, peut se trouver considérablement aggravée par le fait d'une pratique que les mœurs judiciaires semblent avoir définitivement adoptée, celle des Délégations Générales.

Voilà certes une institution qui serait à peu près incompréhensible aux législateurs de 1808. Quoique la loi n'en ait rien dit, il ressort en effet jusqu'à l'évidence de la première lecture des textes, que les Commissions rogatoires, aux cas où ils les pré-

voient, ne sauraient été délivrées que relativement à une opération déterminée. Dans les pays où les juges d'instruction sont encore jaloux de leur initiative, tel est bien le caractère des délégations. Elles sont spéciales, même très souvent précises jusque dans leurs termes.

Le juge conserve ainsi la direction effective des opérations. L'orientation de la procédure est son secret. Les officiers commis ont un rôle absolument passif. La médaille a son revers. C'est que les délégués ne possédant pas la connaissance interne et intime de l'affaire, quels que précis que soit les « thèmes » envoyés, détachés du foyer qui les éclaire et les anime, ils n'auront, pour celui qui les reçoit, que la valeur de symboles. Aussi, les résultats des opérations n'apporteront le plus souvent que peu de secours au juge. Mangin avait donc parfaitement raison de conseiller l'emploi le plus modéré des délégations. Mais, c'est parce que pénétré encore du véritable esprit de la législation inquisitoriale, il voyait en la personne du juge le maître et l'animateur exclusif de la procédure, c'est pour cette raison qu'il n'attendait qu'un secours aussi médiocre que peu fréquent de la commission.

Mais il est tout aussi évident qu'à partir du moment où l'on autorisait le juge à déléguer les opérations même qu'il pouvait, sans trop de difficulté, exécuter en personne, l'esprit de l'opération allait être modifié. Le juge ne verrait plus en la personne de l'officier commis un réalisateur occasionnel de ses initiatives, c'est la part même de ces

initiatives qu'il serait tenté de lui transmettre. Il est cependant un caractère de l'instruction préparatoire que F. Hélie a bien mis en valeur. C'est ce besoin d'unité dans les opérations. L'instruction n'est au fond qu'un long raisonnement dont la conclusion se trouve dans l'ordonnance de clôture. La cohésion absolue et interne, en un mot l'unité, est donc de son essence. Aussi, dès que le juge n'éprouve plus le besoin de la réaliser intégralement en sa personne, il était de toute nécessité qu'elle passât ailleurs. La délégation dégénéra en abdication. Telle est l'explication de ce phénomène aujourd'hui courant des délégations générales, qui n'ont en réalité emprunté que le nom à l'institution correspondante du Code. Faut-il rappeler comment les choses se passent actuellement en pratique ? Le juge saisi le plus souvent assez tard, « commet », il n'y a pas d'autre terme, la police judiciaire déjà saisie avant lui, dans les termes les plus vagues : « Rechercher tous auteurs et complices, perquisitionner partout où besoin sera, saisir où ils seront trouvés les documents utiles ... etc ... etc ... » Au fond ce qui était une mise en mouvement n'est plus aujourd'hui qu'une consécration de forme. L'instruction policière existe, c'est elle la réalité vivante. Le magistrat ne vient lui apporter que la régularisation judiciaire de ces opérations. Dans l'œuvre de la police, le juge devient de plus en plus un intrus nécessaire. Et cependant c'est lui seul que la loi connaît encore. Lorsque, dans ses rares loisirs, le législateur se

prend à penser à l'instruction préparatoire, c'est vers le juge qu'exclusivement son attention est appelée. Aussi, est-il vrai de dire que l'instruction policière chevauche sur le squelette de cette autre institution qui fut jadis pensée par Cambacérès.

Les conséquences de cette dualité sont pour le moins intéressantes. Il est vrai que les auteurs aiment peu en parler. Lorsque la réalité de l'activité policière s'impose à leur attention, ils se bornent le plus souvent à l'enregistrer, parfois avec une nuance de regret ; le plus souvent avec une satisfaction non dissimulée. Il est pourtant certain tout d'abord que si la situation nouvelle présente des avantages pour les praticiens, elle constitue une anomalie violente pourrait-on dire en l'état actuel des textes. La question venait à peine d'être posée que Faustin Hélie l'avait déjà péremptoirement résolue : « Et d'ailleurs, quel serait le titre de l'officier de police judiciaire pour procéder à ces mesures ? Si la loi lui a donné les pouvoirs de la Police judiciaire, elle ne lui a point donné les pouvoirs de l'instruction ; il ne peut donc, hors du cas du flagrant-délit, procéder à aucun acte de la procédure, si ce n'est par Commission rogatoire, et en vertu des articles 83 et 84, à l'audition des témoins. Est ce dans la délégation même qu'il puiserait ce droit nouveau ? Mais, il est évident que si le juge d'Instruction peut transmettre à un officier le soin d'accomplir un acte qui est dans les attributions de celui-ci, il ne peut lui confier une compé-

tence et des pouvoirs que la loi ne lui a pas donnés. » Et voici la règle d'interprétation dans toute sa pureté : « Toute compétence pour procéder à des actes de juridiction, ne peut prendre sa source que dans la loi, et nulle délégation, quels qu'en soient les termes ne peut étendre le cercle légal où elle a été enfermée (1). »

Il est donc certain qu'avant qu'un texte de loi ait attribué compétence aux commissaires de police ou gendarmes, pour procéder à des perquisitions, saisies ou interrogatoires, en dehors du flagrant-délit, et cela de leur initiative personnelle, aucune délégation d'aucune sorte ne pourrait légalement les y habilitier. Maintenant, en supposant bon gré mal gré qu'ils empruntent la compétence personnelle du juge, qui donc sera censé assumer la responsabilité des opérations déléguées ? Il n'est pas question évidemment de la responsabilité pénale, celle-ci demeurant exclusivement personnelle. En ce qui concerne la réparation civile, ce n'est pas à nous de rappeler les obstacles difficilement surmontables que la loi française oppose à sa réalisation matérielle (2). Mais, enfin, la question demeure en

1. T. IV, n° 1905.

2. Projets de lois et Sociétés techniques se sont de tout temps évertués à rendre cette responsabilité substantielle. Le projet Renoult s'y prend par deux moyens : Il facilite d'abord la procédure de la prise à partie. Il met fin en second lieu aux exceptions administratives qui abritaient, même après le texte formel du décret de 1870, la responsabilité des fonctionnaires. Texte du Projet et Rapport de M. le Professeur Hugueney, *Bull. de la Société des Et. Législ.*, 1926, question n° 63, p. 57 et suiv.

principe, et même transposée sur le simple terrain des responsabilités morales, elle est susceptible de se présenter avec une certaine acuité en pratique. Nous croyons devoir illustrer cette proposition en faisant appel à un fait récent dont il est encore question dans la Presse. Un crime est découvert. Le surlendemain de la découverte, un Juge d'Instruction est nommé. Le Juge délivre une commission rogatoire à la Police Judiciaire. Un mois plus tard, un particulier vient spontanément se disculper à la Police Judiciaire des bruits qui courent sur lui. La Police le maintient dans ses locaux pendant 52 heures en lui faisant subir des interrogatoires répétés en qualité de témoin. Sur la plainte du particulier l'affaire vient en connaissance de la Cour d'Appel qui charge un Conseiller de l'Instruction.

La question qui se pose immédiatement est de savoir dans quelle mesure le Juge d'Instruction, ayant délivré une commission à la Police Judiciaire, se trouvait au courant des opérations de celle-ci, et devait encourir à raison des mesures abusives d'Instruction une responsabilité au moins partagée. En fait, il semble bien que la commission rogatoire, délivrée par ce juge à un officier de police judiciaire désigné, était également spéciale par son objet : il s'agissait d'une audition des témoins. Seulement, le juge s'étant, depuis, relativement désintéressé de la marche des opérations, le Police Judiciaire a pu se livrer à une série de mesures qui

pour être officieuse par leur nature, n'ont pas moins tenu lieu et place des actes d'une information officiellement ouverte. Ainsi, l'officier de police judiciaire, accusé d'avoir procédé de sa propre initiative aux opérations illégales (détention et autres mesures de contrainte) pouvait répondre à M. le Conseiller d'Appel : « Les charges contre le particulier étaient telles que *j'ai estimé que le Juge d'Instruction le considèrait comme inculpé et qu'il était détenu pour le compte du magistrat instructeur.* » Le juge d'instruction interrogé d'autre part affirmait avec la plus grande énergie n'avoir jamais été tenu au courant des opérations de la police judiciaire, tant en ce qui concerne l'interrogatoire que les perquisitions et la détention arbitraire qui s'en est suivie. Ce qui est également vraisemblable, mais ne laisse pas de soulever les inquiétudes les plus légitimes sur l'état des instructions actuelles. Une procédure officieuse greffée à titre permanent sur une procédure officielle, et couverte par celle-ci dans la mesure seulement où ses procédés sont avouables, voilà qui suffirait peut-être à étonner l'admirable sérénité des Conseillers d'Etat de 1808.

Nous avons atteint maintenant cette limite, dont on ne peut dissimuler le caractère équivoque, où l'instruction officielle tend à se confondre avec l'information officieuse.

Les opérations accomplies en effet en vertu d'une Commission rogatoire conservent encore indiscuta-

blement le caractère officiel. Formellement et à plusieurs reprises la Jurisprudence l'a reconnu, en déclarant notamment applicables à ces instructions les prescriptions de la loi du 8 décembre 1897 (1).

C'était là une dernière servitude dont la pratique ne devait pas tarder à trouver le moyen de s'affranchir (2). Les interprètes les plus autorisés des textes légaux sont unanimes à déclarer que les commissions rogatoires ne peuvent revêtir que la forme écrite (3). Dans ces conditions, il reste encore possible d'en délimiter l'étendue. Un arrêt de la Cour de Cassation du 2 août 1913 (4) vient cependant décider qu'« aucune disposition de la loi n'interdit au Juge d'instruction de faire entendre certains témoins par des gendarmes sans remettre à ceux-ci une commission rogatoire ». Ou nous nous abusons, ou cet arrêt semble bien consacrer la délégation *verbale*, le dernier des errements de la pratique judiciaire. La note, qui accompagne cet arrêt au Dalloz, est tout à fait significative dans son laconisme : « Peut-être, dit l'auteur, pourrait-on invoquer par analogie la Jurisprudence qui reconnaît la validité des enquêtes officieuses faites sur l'Ordre du Procureur de la République. »

1. Cass., 28 juill. 1899 (sol. impl.). S. 1902.1.60 ; Paris, 23 févr. 1912. D. 1913.2.52 ; Trib. de Narbonne, 28 mai 1926. D. H., 1926, p. 415.

2. V. Nadau, *op. cit.*, p. 48.

3. F. Hélie, *op. cit.*, t. IV, p. 554 ; Garraud, t. III, p. 290 ; Décret du 18 juin 1811, art. 59.

4. D. 1918.1.20.

Une enquête officieuse ouverte sur l'initiative même du magistrat saisi de l'instruction proprement dite ; le Juge d'Instruction lui-même déformant systématiquement son instruction afin de la soustraire en fait aux formalités de la loi, voilà, pour peu que l'on veuille pousser les choses, l'aboutissement rationnel de cette interprétation des articles 83, 84, 90, 103 et 283 du C. I. C.

SECTION II

Des pouvoirs « officieux » de la police judiciaire

Voici maintenant l'action policière affranchie de tout scrupule juridique, voici des pouvoirs d'instruction qu'il est impossible de rattacher à aucun texte de loi.

L'ampleur du sujet que nous venons d'aborder dépasse de beaucoup les limites de la présente section. Il domine de haut l'ensemble de notre étude et pour mieux dire, l'instruction préparatoire tout entière, telle qu'elle se présente actuellement. Bien qu'il soit d'usage, en effet, de réserver le nom d'enquête officieuse aux informations qui précèdent l'ouverture d'une instruction proprement dite, ou qui en tiennent lieu au cas de citation directe, la liste des opérations policières que la loi ignore est bien plus étendue. Il ne s'agit pas de revenir ici sur l'abus fait des différentes notions légales, abus qui,

dans la mesure où il dépasse une saine interprétation des textes, participe nécessairement du domaine officieux.

Réserve faite de ce côté de la question, nous venons de soulever dans la section qui précède, le problème des opérations officieuses accomplies pendant le cours d'une instruction régulière déjà ouverte.

Il reste encore les actes nombreux auxquels il est couramment procédé sous l'autorité du chef du Parquet, soit parallèlement à cette même information soit entre l'ordonnance de clôture et la saisine de la Chambre des mises en accusation soit encore, et cette fois sur l'initiative du Parquet général, entre l'arrêt de la Chambre des mises en accusation et la procédure définitive, soit enfin entre le jugement d'instance correctionnelle et la saisie de la Cour d'Appel « en vue de contrôler le mérite des allégations du prévenu », sans même que par cette énumération nous ayons épuisé la liste des actes d'instruction dits « officieux ».

Le sujet présent soulève un problème, également général, d'une toute autre envergure. Le problème de l'existence même, en dehors du flagrant délit, de pouvoirs d'instruction propres à la Police Judiciaire qui lui appartiendraient en vertu, non seulement de la volonté non exprimée du législateur, mais en vertu de textes précis de la loi.

Si de pareilles dispositions existent, si de pareilles attributions ont été réellement conférées aux officiers

de Police Judiciaire à un titre autonome, alors l'effort persévérant que nous avons cru pouvoir observer tout au long du siècle écoulé, et qui aurait tendu à exproprier le Juge au profit des agents auxiliaires, du coup cet effort apparaîtrait vain ou plutôt c'est nous qui aurions été victime d'une illusion d'optique, ce que nous avons cru apercevoir au point d'arrivée, ayant déjà existé au point de départ. En termes équivalents, le système d'instruction préparatoire français, possédant en germe dès son origine les éléments de la procédure accusatoire, c'est dans le sens d'un développement, unilatéral il est vrai (1), de ce caractère accusatoire, qu'il aurait évolué, plutôt qu'il n'aurait présenté — comme nous l'avons pensé un moment — tous les symptômes d'un système inquisitorial en voie de dégénérescence.

§ 1. — SI LES INSTRUCTIONS OFFICIEUSES
SONT COMPATIBLES
AVEC L'ESPRIT DE LA LÉGISLATION FRANÇAISE.

La question qui se pose est une question d'interprétation de textes.

Lorsque la Cour de Cassation, toutes Chambres réunies, eut à se prononcer d'une manière franche et définitive sur l'étendue réelle des pouvoirs du Préfet de Police, elle crut devoir préjudiciellement

1. Les droits et pouvoirs de la Défense n'ayant pas présenté une croissance parallèle.

prendre parti sur la définition de la Police Judiciaire. Se reportant à l'art. 8 C. I. C. ainsi qu'à l'intitulé du Livre 1^{er} du Code qui place le chapitre de l'instruction sous la rubrique de la Police Judiciaire, elle en tira les considérations générales suivantes : « Que c'est vainement qu'on prétend établir une séparation entre la Police Judiciaire et l'Instruction. Que cette distinction n'est pas fondée. Qu'il n'est pas possible de concevoir que la police judiciaire s'exerce sans instruction, de même qu'il n'est pas possible de concevoir que tout fonctionnaire ou magistrat, qui prend part à l'instruction, ne soit pas officier de Police judiciaire. »

C'étaient là des considérations rationnelles très attrayantes peut-être à ce point de vue, mais que la Cour croyait découvrir dans le système même du Code, en le faisant découler tout entier de l'article 8 et de l'intitulé du Livre 1^{er}.

Or, nous avons reconnu nous-mêmes, dès le début de cette étude, ce qu'il y avait de profondément exact dans ces considérations de principe, envisagées du point de vue rationnel. Et combien le projet primitif du Code qui leur faisait une large part, était plus près de la réalité que les conceptions qui furent consacrées par la rédaction définitive.

Mais, dans le cas présent, il n'est plus question de science abstraite. Il s'agit de savoir si les textes qu'on invoque et que l'on peut d'ailleurs très raisonnablement considérer comme des monuments attachés mais fidèles d'un esprit antérieur, si ces textes

n'empruntaient point une signification nouvelle à l'ensemble des dispositions législatives auquel ils se trouvaient dorénavant incorporés.

La réfutation de la thèse du Tribunal Suprême a été faite de façon péremptoire par Faustin Hélie. Qu'il suffise de rappeler, respectueusement, les principaux chefs de son argumentation :

1^o Si l'on veut tirer la définition de la Police Judiciaire de l'art. 8, envisagé isolément, il faut accepter ce texte dans sa teneur intégrale. Or, dans ces conditions, il prouve trop ou il ne prouve rien, ce qui revient au même.

2^o Cet article, ainsi que l'intitulé du Livre 1^{er}, sont des vestiges de la première rédaction du Code qui reproduisait la division et les définitions des lois antérieures. Or, cette division et ces définitions, qui étaient exactes dans le Code du 3 Brumaire An IV et dans la loi du 7 Pluviôse An IX, ont cessé de l'être à la suite de longues et explicites discussions au sein du Conseil d'Etat (1).

3^o En effet, sous sa forme première, l'art. 22 du projet proposait justement aux Conseillers d'Etat, la théorie même que défend l'arrêt de la Cour de Cassation combattu. Le projet rencontra une opposition décidée, consciente, et tout à fait formelle au sein du Conseil. Ce fut une véritable lutte de systèmes qui aboutit au rejet de celui de Treilhard. La con-

1. *Op. cit.*, t. III, nos 1215, 1164 et suiv. L'exposé des motifs fait par Treilhard lui-même, est un aveu formel de l'abandon de son premier système.

cession même qu'on lui fit du flagrant délit, démontre *a contrario* le triomphe des principes de Cambacérès sur le terrain du droit commun.

4^o Enfin, si l'art. 8, égaré dans un corps de législation qui lui est étranger, ne veut à peu près rien dire par lui seul, il est au contraire toute une série de textes parfaitement explicites, qui traduisent de la manière la plus fidèle cette conception qui a définitivement prévalu au sein du Conseil d'Etat, rapprochant le système du Code de celui de l'ordonnance de 1670 (1).

Il y a là tous les éléments d'une saine interprétation des textes. Il n'est pas étonnant cependant qu'elle n'ait pas séduit les praticiens (2) et même qu'une partie considérable de la doctrine se soit appliquée à découvrir un fondement rationnel à la pratique envahissante des instructions policières.

Le plus souvent on en rattache encore la légalité à l'art. 8 considéré en lui-même, ou lorsque les défauts de ce système se font trop violemment sentir, on a recours à un procédé d'interprétation plus commode encore et qui consiste à affirmer que la loi criminelle autorise les instructions officieuses puisqu'elle ne les défend pas formellement. Voici la théorie exposée par M. le Professeur R. Garraud :

1. *Op. cit.*, t. III, nos 1215, 1164 et suiv. L'exposé des motifs fait par Treilhard lui-même, est un aveu formel de l'abandon de son premier système

2. V. surtout G. Le Poittevin, *Dictionnaire des Parquets. Police et Enquête officieuse* ; Garraud, *op. cit.*, t. II, p. 630 : Nadaud, *Les Enquêtes officieuses*. Thèse Lyon, 1913, 2^e partie.

« En réalité, cette pratique n'est pas illégale : elle est *extra-légale*. Elle n'est pas contraire aux prescriptions du Code d'Inst. Crim., mais elle est en marge de ce Code qui ne la réglemente pas parce qu'il ne la connaît pas : Nous ne voyons donc pas quel obstacle juridique s'opposerait à l'usage de ce moyen d'information. »

Cette manière de raisonner soulève au fond le problème beaucoup plus général de l'interprétation d'un corps de législation quelconque. Ce n'est pas la première fois que la question se pose de savoir si la loi formelle peut être considérée indépendamment de la pensée qui l'a mise au monde, si une fois constituée la forme-légale se détache de sa source pour vivre d'une vie propre et indépendante, évoluant parallèlement aux concepts sociaux ou juridiques, pouvant se prêter par conséquent non seulement à la consécration de vues théoriques ou doctrinales nouvelles, mais aussi aux exigences éphémères de la vie courante. La loi, le corps de législation tout entier, vidé ainsi de la volonté qui l'a créé, deviendrait un moule propre à recevoir tout ce que ses animateurs nouveaux voudraient y mettre, au gré des hasards historiques. Il ne resterait plus qu'à conclure avec un auteur éminent « que la meilleure interprétation des lois est celle qui les plie le mieux aux besoins de l'heure présente ». Ceux qui croient pouvoir trouver un fondement à l'instruction policière dans la loi écrite ne raisonnent pas d'une autre manière. Ce sont les nécessités

pratiques actuelles que l'on substitue à la pensée du législateur dans un texte considéré comme tel, indépendamment de sa source.

Faustin Hélie s'est mesuré directement avec « la doctrine des nécessités » dans son fameux paragraphe 1166. Croire que c'est au nom d'un principe abstrait qu'il en a prononcé la condamnation, ce serait méconnaître gravement le sens profond des réalités humaines dont ce génie avait l'intuition constante. L'analyse de sa pensée ne serait autre chose d'ailleurs qu'un rappel des avantages du système de loi écrite. « Ces avantages, dit M. le Professeur GénY, la loi les doit à sa nature d'acte de volonté consciente et réfléchie, émanant d'une autorité humaine qualifiée pour imposer des règles de droit. N'est-il pas clair dès lors qu'elle ne jouit de ses effets propres qu'en conformité de sa nature *et dans la mesure* où elle révèle la volonté qui l'a dictée? (1) »

Et si la recherche de cette volonté législative peut « seule former l'objectif essentiel de toute interprétation proprement dite de la loi, il est évident que le texte formel en lui-même ne sera plus l'objet final mais le moyen, un des moyens de cette interprétation. Il sera considéré, non plus comme une proposition isolée réduite aux termes indispensables, mais comme la fraction d'un ensemble pris dans son unité et sa totalité ». Ainsi qu'il était dit

1. *Méthode d'interprétation et source en droit privé positif*, 2^e édition, 1919, t. 1^{er}, 3^e partie, chapitre 1^{er}, section 1^{re}

dans le projet du Code civil de l'An VIII, « pour fixer le vrai sens d'une loi, il faut en combiner et en réunir toutes les dispositions » (1). C'est dire en d'autres termes, et pour nous rapprocher du sujet qui nous occupe, qu'il faut en dégager le système.

Or, il n'est pas possible de se méprendre sur le fond du système d'instruction inauguré par le Code de 1808, sous l'influence d'une tradition fortement enracinée dans les mœurs judiciaires françaises. Pour ne plus revenir sur une analyse que nous avons déjà faite, rappelons d'un mot que toutes les garanties de l'instruction préparatoire reposent sur l'intervention d'une personnalité judiciaire dans les principales opérations d'instruction, *a contrario*, sur l'élimination de tout élément d'exécution, d'action administrative, dans une œuvre qui est toute d'appréciation.

Or, si dans ce qu'on appelle la loi, il faut voir sa pensée cohérente, si cette pensée cohérente présente bien les éléments d'un corps de doctrine organisé et se suffisant à lui-même, tout acte, toute habitude, toute pratique qui n'est plus pénétrée de cet esprit, quels que soient les textes isolés auxquels on peut la rattacher par la vertu d'une logique abstraite et purement formelle, n'est plus seulement officieuse, ni même extra-légale. Elle est illégale.

1. Fenet, t. II, p. 7.

§ 2. — RÉGIME DES POUVOIRS « OFFICIEUX »
D'APRÈS LA JURISPRUDENCE.

On ne peut pas dire que la Jurisprudence ait fait des efforts considérables pour découvrir une filiation légitime à l'enquête officieuse. Il ne serait pas juste non plus d'affirmer qu'uniquement préoccupée des commodités pratiques, elle se soit résolument désintéressée de leur légalité.

Rarement, il est vrai, les arrêts sont allés jusqu'à soutenir la thèse absolue que nous venons de discuter, et qui, partant du principe de la confusion des pouvoirs de police judiciaire dans les mêmes mains, principe cher aux Codes Révolutionnaires, mais franchement hostile aux doctrines définitives du Conseil d'Etat, ferait ressortir de l'art. 8 des pouvoirs d'instruction illimités appartenant en propre à tout Officier de Police Judiciaire.

Même, au contraire, avec une constance admirable, la presque unanimité des décisions commencent par proclamer « que le Ministère public et ses auxiliaires sont sans qualité pour faire des actes d'instruction, hors le cas des art. 32 et 46 (1). » Ce sont notamment les termes d'un arrêt de la Cour de Cassation du 28 janvier 1911 venant infirmer la doctrine décidément originale d'un arrêt de la Cour de Lyon du 3 mars 1910. Cette Cour avait cru pouvoir soutenir que si, en effet, les art. 32, 46 et 47

1. Dalloz, *Rép. prat.*, V^e *Inst. Crim.* n^o 107, nombreux arrêts.

combinés, interdisent au Procureur de la République de procéder à un acte d'instruction quelconque en dehors du flagrant délit, au contraire, « aucun texte analogue ne restreint dans le cas de délit non flagrant la compétence des officiers de Police Judiciaire *auxiliaires*, dans les mêmes limites que celle du Procureur de la République, et que ceux-ci, délégués par le Chef du Parquet, trouveraient en *eux-mêmes* qualité, en vertu d'un pouvoir propre, dans la sphère de leurs *propres* attributions » pour procéder aux actes d'instruction interdits à leur chef hiérarchique (1).

Des arrêts plus nombreux font découler ces pouvoirs de l'article 22, qui rattache la fonction de recherche du Procureur de la République à la fonction de poursuite de son ministère ; arrêt de la Cour de Pau du 11 janvier 1908 (2) : « Attendu que les fonctions du Procureur de la République, telles qu'elles sont définies par l'art. C. I. C., consistent essentiellement dans la recherche et la poursuite des délits et des crimes, qu'aucune disposition de la loi ne limite cette compétence au cas de flagrant délit ; qu'ayant qualité pour faire les actes nécessaires à cette recherche et à cette poursuite, le Procureur de la République en peut déléguer l'accomplissement aux officiers de gendarmerie... Il n'est pas difficile de montrer d'ailleurs que si la Jurisprudence paraît ordinairement établir un rapport entre les

1. Cf. Nadau, *op. cit.* p. 252, et suiv.

2. *Le Droit* des 27 et 28 janvier 1908.

fonctions de recherche et celles de poursuite, elle se garde bien d'en faire le fondement de sa doctrine. Dans cet ordre d'idées, la Cour de Douai, par un arrêt du 28 juin 1898 (1) n'a pas hésité à reconnaître que ce droit étendu de recherche appartenant au Procureur de la République, est indépendant de sa fonction de poursuite; que même dans l'hypothèse où cette fonction de poursuite serait paralysée entre les mains du Ministère Public, et il en sera ainsi toutes les fois que la mise en mouvement de l'action publique se trouve subordonnée par la loi, à une décision de la partie lésée, néanmoins, le Procureur de la République pourrait quand même procéder à une enquête, faire constater par exemple un fait délictueux. Cette solution est bien dans la logique de l'ensemble des décisions de la Jurisprudence. Si en effet le pouvoir d'enquête inclu dans le droit de recherche, n'était qu'en fonctions du droit de poursuite accordé au Ministère Public, il faudrait de toute nécessité que l'usage des renseignements recueillis fût limité aux besoins de la poursuite. Cela, il s'est bien trouvé des arrêts pour le soutenir. Mais la Jurisprudence n'a jamais entendu réserver aux fonctionnaires de la poursuite l'utilisation du dossier de l'enquête officieuse. Dans ces conditions, il semble qu'il serait vain de rechercher dans les considérations des tribunaux criminels, une conception déterminée de la légalité des pouvoirs officieux.

1. Jurisprudence de la Cour de Douai, 1898, p. 332.

Il est remarquable que la Cour Suprême ait hésité à faire sienne dans les premiers temps la doctrine radicale conseillée par les Circulaires. M. Leloir nous rapporte des espèces où il aurait été sévèrement rappelé au Ministère Public qu'en dehors du flagrant délit, il ne lui restait qu'un droit de réquisition (1). Il est encore de toute évidence que les premières concessions ne furent faites au Ministère Public que pour le cas de nécessité absolue, qui ressort d'ailleurs des circonstances de fait rapportées par les arrêts. C'était en quelque sorte une extension de la notion de flagrant délit, qui servit de point de départ. Cette idée se trouve même exprimée sous une forme théorique dans un réquisitoire du Procureur Général près de la Cour de Paris (2), où il est dit en substance que le flagrant délit n'est pas autre chose qu'une *nécessité flagrante d'agir* (3), et que tous les cas d'urgence devraient lui être ramenés.

L'arrêt du 29 juin 1855 (président Barris) se préoccupait de préciser que « le Procureur Général tient du mandat que la loi lui confie, de rechercher et poursuivre les crimes et délits, le droit lorsqu'il y a urgence et *impossibilité de recourir au magistrat d'instruction* compétent de recueillir les renseigne-

1. Cass., 27 août 1840, *Bull. Crim.*, n° 239 ; Cass., 2 sept 1847. *Bull. Crim.* n° 205.

2. S. 1855.1.269 et S. 1855.1.319.

3. Rapprocher l'article 157 du Code d'Inst. Crim. Grec : « Lorsque du retard des opérations il peut résulter un péril, ou lorsque le délinquant a été pris sur le fait... »

ments et de transmettre à la juridiction saisie les procès-verbaux dressés par lui à cet effet » (S. 1855. I. 319). Plus nettement encore nous lisons dans un arrêt du 5 mars 1857 (D. 1857. I. 178) « que vu la distance des lieux et le moment où se révélait le document, le Procureur impérial était seul en situation de provoquer des explications sur la pièce tardivement découverte ». Mais il est, faut-il croire, de la nature des institutions humaines, de ne plus pouvoir s'arrêter sur la pente de l'arbitraire, lorsqu'une fois elles s'y trouvent engagées. Peut-être pourrait-on dire plus justement que les nécessités qui poussaient irrésistiblement la Cour Suprême à s'engager dans une voie si contraire à l'esprit de la Législation Criminelle française, avaient une source plus profonde, une raison plus permanente, qui serait passée inaperçue, aussi bien à cette Cour elle-même qu'aux réformateurs de 1879 et de 1897... Quoi qu'il en soit, la compétence officieuse du Procureur de la République et de ses auxiliaires, est aujourd'hui établie. Cette compétence est générale à un double point de vue : d'abord quant à l'étendue des pouvoirs d'instruction en eux-mêmes. Les voici énumérés par M. R. Garraud : Interrogatoire d'inculpé, auditions de témoins, perquisitions et visites domiciliaires, saisie de pièces à conviction (1), il faut y ajouter les constats et les expertises. Compétence générale encore en ce sens, que l'intervention officieuse de la police judiciaire peut se

1. Garraud, t. II, nos 748 et 749.

produire à quelque moment que ce soit, pendant la durée de l'instruction préparatoire ou définitive, ou même en instance d'appel ; notamment, bien entendu, avant toute poursuite, soit devant le Tribunal correctionnel, par la voie de la citation directe, soit devant le Juge d'Instruction (1), soit concurremment à une instruction déjà en cours, préparatoire ou définitive (2). Soit entre le désaisissement du Juge d'Instruction et l'introduction de l'affaire devant la Chambre des mises en accusations (3), soit encore après le renvoi devant la Cour d'Assises (4), soit enfin entre le jugement correctionnel et l'audience d'appel (5).

Pour bien marquer qu'il s'agit ici d'une compétence officieuse, et que les actes accomplis sous cette qualification présentent une différence pour ainsi dire constitutionnelle avec ceux auxquels il est procédé, soit par le Juge lui-même, soit en vertu d'une délégation du Juge, la Cour de Cassation refuse aux officiers de police judiciaire opérant sans délégation, le pouvoir coercitif appartenant au juge seul. Elle entend dépouiller d'autre part les actes d'instruction policiers de tout caractère formel. Cette double restriction à laquelle bon nombre d'auteurs se sont empressés d'attacher une importance

1. Exemple : Cass., 7 août 1901. D. 1903.5.421.

2. Cass., 12 septembre 1861 (D.61.5.269) ; Cass., 5 mars 1857 (D.57.1.178) et encore D. 72.1.381 ; D. 94.1.366, etc..., etc...

3. Cass. Crim., 13 janvier 1870, D. 70.1. 89.

4. Caullet, thèse précitée, p. 551. La Jurisprudence, en note.

5. Cass., 15 novembre 1917. D. 1922.1.156. V. Demogue, *Revue Critique de Législ.*, 1908, p. 336.

capitale, constitue le régime spécial de l'instruction officieuse. Il faut l'examiner de près.

A. — Faustin Hélie (1) faisait déjà la distinction entre les actes de pure constatation et ceux qui emportaient un pouvoir de contrainte, réservant ces derniers au Juge seul, concédant les premiers aux officiers de police investis d'une délégation. Nous avons déjà fait allusion à cette doctrine, à propos des commissions rogatoires. Voici le passage de ces dispositions essentielles : « Il y a lieu de distinguer parmi les actes d'instruction ceux qui ont pour objet la constatation matérielle d'une déclaration ou d'un fait, et ceux qui ordonnent l'emploi d'un moyen de contrainte, qui opèrent la *lésion actuelle d'un droit*, qui causent un grief immédiat aux parties... Lorsqu'il s'agit en effet, non plus de recevoir une déclaration ou de faire une vérification locale, mais de procéder à une perquisition, d'ordonner une expertise ou d'appliquer une mesure de contrainte, c'est au Juge lui-même, si l'acte a lieu sur son territoire, qu'il appartient de l'exécuter. Ces derniers actes supposent un pouvoir d'appréciation, non seulement dans l'acte qui les ordonne, mais dans les actes d'exécution. » L'on pourrait objecter, il est vrai, qu'une audition de témoins est un acte qui suppose un pouvoir d'appréciation tout aussi con-

1. C'est à propos des art. 83 et 84 que le grand criminaliste établit ces distinctions. Il les a toujours écartées à propos des pouvoirs officieux.

sidérable qu'une opération matérielle, au moins dans un régime d'instruction reposant essentiellement sur les preuves « sentimentales ». Que lorsqu'on départageait au sein du Conseil d'Etat les attributions du Ministère Public et du Juge, on se plaça le plus souvent dans l'hypothèse du témoignage, et que c'est à propos de cet acte que l'initiative de la police judiciaire de dehors du flagrant délit fut estimée dangereuse par excellence.

Rejetée du domaine des délégations, la doctrine de Faustin Hélie fut partiellement adoptée par la Jurisprudence en la matière qui nous occupe. Si elle semble en effet établir une distinction entre les actes d'instruction impliquant l'emploi d'une contrainte et ceux qui n'en impliquent point, ce n'est pas au point de vue de la valeur respective de ces actes, en tant que mesures d'instruction qu'elle se place. Ce qu'elle sanctionne, c'est uniquement « la lésion actuelle d'un droit individuel », et même de ce point de vue exclusif, il serait téméraire de vouloir découvrir dans ses décisions très spéciales, l'application d'un principe. Nous nous expliquons.

La plupart des arrêts que nous ayons sur ce point sanctionnent l'inviolabilité du domicile. On sait que les constitutions françaises (1) n'accordent le droit de perquisition « que selon les formes et dans les cas prévus par la loi », et que l'article 184 du Code Pénal punit tout officier de police qui s'introduirait dans un domicile privé *contre le gré* du maître, hors

1. Const., du 22 frimaire an VIII, art. 76, Const. 1848, art. 34.

les cas prévus par la loi et sans les formalités qu'elle a prescrites. Il n'est pas ignoré non plus que la Cour de Cassation a interprété la formule de l'article 184 C. P. dans le sens le plus large (1) et que la théorie de l'« assentiment tacite » a été étendue à toutes les hypothèses où des prescriptions restrictives garantissent cette inviolabilité, et limitent le droit de perquisition. On sait enfin l'abus que les agents de l'autorité ont pu faire de cette liberté pour surprendre un consentement qu'il n'était que trop facile d'obtenir (2).

La Cour de cassation s'est ressaisie sur ce point et ses arrêts deviennent de plus en plus exigeants. Les premières décisions se bornaient à annuler les perquisitions opérées au mépris de l'opposition formelle du citoyen (3). Or, de plus en plus, on exige l'assentiment réel, conscient du maître de maison. Voici les termes de deux arrêts récents : Nîmes, 11 oct. 1823, D. 1923-2-205 « considérant que le fait incriminé n'est justifié d'aucun consentement du prévenu qui a subi passivement les perquisitions du commissaire, qu'il a pu croire régulières » ; Cour de Cassation, 12 mai 1923 (4) : « attendu que s'il est

1. Cass., 12 juin 1829; Faustin Hélie, *op. cit.*, t. III, n° 1308.

2. Morizot Thibault, *op. cit.*, p. 450.

3. Cass., 13 décembre 1894. S. 95.1.157.

4. D. 1924.1.178. Voir encore Cass., 9 décembre 1910. D. 1912.1.30 à 31; Cass., 28 août 1926. B. C. n° 223, p. 420. Rapprocher aussi un arrêt du 18 février 1910, *Gaz. du Palais*, n° 27, avril 1910. Cet arrêt interdit l'introduction dans un domicile privé en l'absence de l'inculpé, auquel cas il ne serait évidemment pas en mesure de donner un consentement quelconque. Cf. Cass. Crim., 31 janvier 1914. D. 1918.1.76.

énoncé dans l'arrêt attaqué que les prévenus ne se sont pas opposés et ont même consenti *librement* à ce qu'un commissaire de police opérant sans mandat régulier pénétrât dans leur domicile, et y procédât à des perquisitions, il ne résulte pas des constatations dudit arrêt que le consentement des prévenus ait été donné en connaissance de cause, c'est à-dire *avec la connaissance qu'il était procédé irrégulièrement.* »

La question semble donc tranchée en ce qui concerne les perquisitions (1). M. le Professeur Garraud donne à cette solution une portée générale (T. II, n^o 749, *in fine*) et il est évident que le pouvoir de coercition illégalement exercé peut entrer en conflit avec des droits individuels tout aussi respectables que l'inviolabilité domiciliaire. Nous donnerons tantôt de ce fait des exemples qui ne sont pas loin d'affecter un caractère d'inquiétante gravité. Le plus courant peut-être est celui du coupable présumé, entraîné dans les locaux de police et interrogé en qualité de témoin. « En fait », disaient MM. Milhaud et Monteux, dès le lendemain de la timide réforme de 1897, « les témoins et inculpés se rendent à la convocation du commissaire de police parce qu'ils ignorent leur droit de s'abstenir. Ils répondent sans avoir été avertis de leur droit de se taire. Si par malheur ils laissent échapper dans leur premier moment de surprise quelques déclarations

1. Elle serait résolue de même pour les saisies : Cass., 13 déc. 1894. D. 99.1. 157 ; les deux situations sont d'ailleurs connexes.

irrfléchies, ils se trouvent exposés à voir ces déclarations servir de base à l'accusation, le jour du jugement. » Ces auteurs proposaient en conséquence une solution qui aurait sensiblement pour résultat d'assimiler le régime des interrogatoires et auditions de témoins à titre officieux, à celui que nous avons vu appliquer aux perquisitions et saisies. Ils estimaient qu'il suffirait d'une circulaire pour opérer la réforme. Nous croyons qu'il n'en est même pas besoin et que la Cour Suprême n'aurait qu'à reconnaître la force d'un principe général à la doctrine qu'elle applique au cas de violation de domicile. Nous reconnaissons volontiers d'ailleurs qu'en l'absence d'un texte analogue au 184 C. P. qui sanctionnerait la contrainte morale, il faudrait un effort généreux d'interprétation pour assimiler les deux situations. Ce ne serait pourtant qu'une réforme relativement timide. Quoi qu'il en soit, et même en accordant, à l'exemple de M. Garraud, un caractère général à la solution donnée aux visites domiciliaires, il resterait certain que la Cour Suprême ne frappe que le fait de la contrainte abusive, ou pour reprendre l'expression de Faustin Hélie « la lésion actuelle d'un droit individuel ». Dépouillé de ce vice parasitaire, l'acte d'instruction policier conserve sa valeur propre, qu'il soit une perquisition, une saisie ou un témoignage ; ainsi il reste toujours vrai de dire que la compétence officieuse de la police judiciaire est, au point de vue de l'instruction, tout à fait générale.

B. — Seconde caractéristique de l'instruction policière : Elle est et doit être dépourvue des formes légales.

M. Garraud nous donne le mot de cette casuistique : « Ce ne sont pas là, qu'on le remarque bien, des opérations de l'instruction préparatoire ; c'est une prise de renseignements sans valeur légale... *Par suite même de ce caractère*, la loi ne soumet l'enquête officieuse à aucune des formes et des conditions des opérations officielles de l'instruction (T. II, p. 624).

Cette absence de formes sera donc en quelque sorte le diagnostic entre les actes officiels et les actes officieux. Quel est le but, l'objectif de cette délimitation ? Nous croyons le reconnaître dans les raisonnements d'un ancien arrêt déjà cité (1). Le Procureur Général avait fait procéder à une autopsie sur le corps de la victime décédée à l'Hôpital entre le dessaisissement du Juge d'Instruction et la délibération de la Chambre des Mises en accusations. Cette autopsie avait eu lieu dans la forme régulière d'une expertise médicale, « dans un but, dit la Cour de Cassation, de *constater judiciairement* (le mot est souligné dans l'arrêt) les causes du décès ». La Chambre des mises en accusations considéra que l'acte maintenu sous cette forme dans le dossier, aurait dû être remis au Jury aux termes de l'article 341 C.I.C. qu'il pourrait ainsi « influencer sur sa conviction, vicier sa déclaration, et donner ouver-

1. Cass., 19 avril 1855 (Président Barris). S. 55. 1.269.

ture à Cassation contre l'arrêt des Assises ». La conséquence logique eût été, ce semble, de faire disparaître l'acte du dossier. La Chambre des Mises tout en l'annulant en la forme, le maintenait cependant au dossier, à titre de « simple renseignement. » Il est donc évident que cette disqualification avait pour but dans l'esprit des juges, d'atténuer la valeur probante de l'acte d'instruction irrégulièrement accompli. Là, croyons-nous, se trouve la raison d'être de cette seconde règle de jurisprudence qui consiste à dépouiller les actes d'instruction officieux de toute forme légale, afin de les disqualifier aux yeux des magistrats qui auront à les apprécier. Pour être dans la logique du système, cette considération a tout de même quelque chose de paradoxal, pour peu qu'on en approfondisse les conséquences. Les formes dont la loi entoure l'administration des preuves, sont autant de garanties de leur sincérité. Garanties d'autant plus précieuses que la législation française, du moins dans l'interprétation qui en est faite par les tribunaux, ne s'est pas montrée d'une générosité excessive dans la distribution de ces garanties. Il en est fort peu dont l'observation soit prescrite à peine de nullité. Les tendances législatives permettent toutefois d'envisager comme prochain le perfectionnement du système de ces garanties (1). Autant de formes légales nouvelles

1. Projet de 1909, repris par M. le Garde des Sceaux en 1924, réglementant les perquisitions et saisies.

Projet Cruppi sur les expertises contradictoires, etc...

seront imposées au Juge d'instruction, au risque de voir l'effet de sa procédure réduit à néant. Autant de formes auxquelles il sera permis, il sera même prescrit à l'officier de police judiciaire, au simple agent, de se soustraire. Car, telle est la doctrine que cette étrange logique du système officieux applique aux actes actuellement réglementés. Exemple typique : le serment des témoins : « Sans doute la prestation volontaire du serment par des témoins dans une enquête officieuse, n'en modifie pas le caractère et n'en augmente ni n'en diminue l'autorité. Mais, d'une part, l'agent qui reçoit la déposition *doit* s'abstenir de faire prêter serment et d'autre part, si le serment a été requis, le témoin peut sans encourir aucune responsabilité, se refuser à le prêter » (1). L'éminent auteur que nous venons de citer n'est pas défavorable à cette solution. Il n'est donc pas sans intérêt de rappeler la critique que lui-même a cru devoir faire dans une autre partie de son ouvrage de la dispense de serment établie par le Code au profit de certaines catégories d'incapables ou de suspects. « Sans reproduire, dans une mesure quelconque, le système des preuves légales et sans prétendre imposer au juge une règle de conviction, le Code Français a séparé les témoins en deux catégories, au point de vue du degré de confiance qu'il leur accorde : ceux qui sont entendus

1. Garraud, t. II, p. 628. Cass., 18 août 1877. D. 78.1.285 ; Cass. 15 nov. 1917. D. 1922.1.156 ; Cass., 7 août 1902. D. 1903. 5.421.

sous serment ; ceux qui doivent ou peuvent l'être sans prestation de serment. Les premiers fournissent un témoignage proprement dit, étiqueté comme tel. Les seconds ne donnent que de simples renseignements : ils n'ont pas la qualité de témoins légaux. Cette distinction entre gens qui fournissent un témoignage et gens qui donnent de simples renseignements, paraît incompatible avec le régime de la libre conviction du juge. A quoi bon qualifier ou disqualifier ainsi les déposants, puisque leurs déclarations ont une valeur égale ?

Ce système a le double inconvénient : de soustraire les simples donneurs de renseignements, en leur déniaut la qualité de témoins, à la répression du faux témoignage, lorsqu'ils ne disent pas sciemment la vérité ; de rendre non recevable le pourvoi en révision fondé sur le § 3 de l'article 443 du Code d'Instruction criminelle, qui exige, comme moyen de révision, la condamnation préalable du faux témoin. »

Une question sinon identique, du moins analogue, se pose à propos de l'interrogatoire du prévenu. C'est à vrai dire le seul acte de la procédure préparatoire dont la loi ait entouré l'administration de garanties efficaces et rigoureusement sanctionnées. Cependant, dès le lendemain de la mise en application de cette loi bienfaisante et avare, la Cour de cassation en refusait l'extension à l'interrogatoire policier (1). Au cours d'une réunion, contemporaine

1. Cass., 12 mars 1898. S. 99.1.297 ; 27 avril 1899. S. 1900.1.425. V. deux arrêts particulièrement intéressants au point de vue

à la promulgation de la loi, de savants criminalistes, M. le Rapporteur A. Le Poittevin émettait une opinion parfaitement conforme avec cette jurisprudence (1), et par un arrêté en date du 18 décembre 1900, le Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Paris donnait injonction à ses membres de s'abstenir d'assister leurs clients dans la phase policière du procès. Tout a été dit sur cette étrange aberration du monde judiciaire. Elle a surtout été cruellement jugée par les faits d'une pratique policière courante. Nous en avons exprimé notre sentiment à propos du flagrant délit et nous y reviendrons. Laissons pourtant la parole à la verve pleine de bon sens de M. Morizot-Thibault : « On comprendrait que la loi prit contre la police des garanties qu'elle n'opposerait pas à la justice. Elle a, au contraire, imposé au juge des prescriptions qui ne s'appliquent pas à la police. Vous m'arrêtez dans la rue et vous me conduisez devant le commissaire. Emu de cette arrestation inopinée, je comparais, sans délai, devant ce fonctionnaire plus bouleversé encore que je n'arriverais devant le juge. Cependant le commissaire de police m'interroge, consigne mes déclarations, recueille les dépositions des témoins, procède à des confrontations et transmet au parquet toutes les

des motifs qu'ils donnent de la non-application de la loi : Cass. crim., 3 février 1900. S. 1902.1.538 ; Cass., 11 mai 1900. S. 1904.1.247. Derniers arrêts : Cass., 24 février 1921. D. 1921.1.171 ; 27 novembre 1924. *Bull. crim.*, n° 394 et 10 décembre 1926. *Bull. crim.*, n° 305.

1. *Rev. pén.*, année 1899.

pièces qui relatent cette procédure. Il n'a pas été tenu de m'avertir que j'avais le droit de ne pas répondre, et il n'a pas eu à subir le contrôle de mon conseil. On me répond que la police ne fournit jamais que des renseignements et que ses constatations ne s'imposent pas aux magistrats (1). »

Nous en venons donc à examiner cette notion du « simple renseignement » qui constitue, à n'en pas douter, le couronnement du système de l'instruction officieuse, ou, pour mieux dire, son unique justification.

§ 3. — DE LA FORCE OU DE L'EFFET PROBANT
DES ACTES D'INSTRUCTION DITS « OFFICIEUX ».

Article 342 du Code d'Instruction criminelle. — « La loi ne demande pas compte aux jurés des moyens par lesquels ils se sont convaincus. Elle ne leur dit pas : « vous ne regarderez pas comme suffisamment établie toute preuve qui ne sera pas formée de *tel procès-verbal*, de telles pièces », etc... »

Entendons-nous bien. Cela ne signifie point que les jurés ou les juges aient le droit de se laisser convaincre par une preuve quelconque, indépendamment de sa qualité.

Ils devront, au contraire, faire bien attention que tel document présente effectivement le caractère

1. Une proposition de loi de M. Louis Rollin, votée par la Chambre en 1927 et actuellement pendante devant le Sénat, étend l'application de la loi du 8 décembre 1897 aux interrogatoires policiers. On ne saurait exagérer l'importance de cette réforme.

d'un procès-verbal d'instruction, au lieu que tel autre n'est qu'un simple rapport. Que telle déposition constitue un témoignage au sens de la loi, et que telle autre ne doit être prise en considération qu'au titre de simple renseignement. Qu'enfin, tels aveux obtenus en présence du défenseur peuvent bien servir à établir la condamnation, mais que tels autres arrachés sous des conditions que la loi n'a pas prévues parce que sa majesté en aurait pu être choquée, que ceux-là ne sont, après coup, que des déclarations bénévoles d'un témoin, simple candidat à la prévention. C'est là une distinction nécessaire, essentielle, si l'on veut comprendre le système de l'instruction officieuse. A moins de supposer qu'il existe aussi, parallèlement à la conviction officielle, une conviction officieuse, ou, dans un langage plus scientifique, « extralégale », puisque la loi aurait oublié d'en faire état.

Ces mêmes considérations présentées sous une forme plus orthodoxe ne sont que la distinction très classique et très exacte entre « la valeur morale » des preuves de conviction que la loi ne mesure pas à l'avance et qu'elle laisse entièrement apprécier par le juge, et d'autre part, « leur valeur légale » en tant que preuves réglementées, en ce sens que le devoir du juge est de puiser sa conviction dans des sources et des éléments de preuves légalement recherchés et examinés (1). En deux mots : la con-

1. Cf. Garraud, t. I, n° 265; Faustin Hélie, t. IV.

viction est libre. Mais elle ne pourra être fondée que sur des preuves dont la loi garantit la sincérité.

Et comme la loi n'a d'autre moyen de garantir cette sincérité qu'en édictant des formes, il semble bien que par définition le rôle des actes officieux doive rigoureusement prendre fin où l'œuvre d'appréciation judiciaire commence. Soumettre au jugement des hommes moyens des éléments de conviction, dont on les engagera à se défier en plus ou en moins, autant ne vaut-il point ne leur soumettre que ceux dont la loi a pu prévoir et tolérer les insuffisances ? La conviction n'est humaine que parce qu'elle ne s'impose à la raison que par l'intermédiaire du sentiment. « A mesure que les débats s'animent, les jurés s'imprègnent de la conviction *par tous les sens*, c'est là la conviction humaine, dans sa pureté, dans sa sincérité naturelle. La conviction morale *subjuge tout* quand elle est *ressentie* ; elle ne peut être ni commandée, ni inspirée. C'est le véritable critérium de la vérité humaine (1). Aussi des auteurs très compétents ont ils depuis longtemps demandé que les documents de l'enquête officieuse ne prennent pas place au dossier de l'instruction « qu'il soit interdit de les communiquer, soit aux Jurys, soit aux tribunaux correctionnels, soit même aux Juges d'instruction » (2). Puisque d'ailleurs,

1. Thouret, Séance du 5 janvier 1791, de l'Assemblée Nationale Constituante.

2. G. Beloir, *Les enquêtes officieuses en matière criminelle. France judiciaire*, 1882-1883, 1^{re} partie (*in fine*).

d'après ses partisans les plus convaincus (1), l'utilité principale de l'enquête officieuse se présente et se résume au moment de l'exercice de l'action publique. Dès que le Ministère public est renseigné sur la nature et la gravité de l'infraction, le « droit de recherche » vient à expiration. Et si l'on peut à la rigueur soutenir qu'il se perpétue, il semble que ce doive être encore dans les limites des besoins de la partie poursuivante, dans celles de la connaissance des officiers du Parquet. L'on pourrait même retrouver des arrêts pour la plupart anciens, il est vrai, et rédigés sur les bases d'une conception analogue. Ainsi un arrêt de cassation du 23 novembre 1848, cité par M. Leloir, qui rejette un pourvoi pour le motif que les procès-verbaux incriminés « n'avaient pas été joints à la procédure, et qu'il n'a pas été donné lecture des dépositions des témoins, même pas en vertu du pouvoir discrétionnaire du Président des Assises. » Voici encore un arrêt de la Cour de cassation du 24 mai 1851, *Bulletin criminel*, n° 82, qui n'attribue aux procès-verbaux d'officiers de Police que la valeur de simples dénonciations, et aux dépositions de témoins y consignées que le caractère de dénonciations des déclarants. Voici enfin un arrêt plus récent qui, sous une forme plus discrète, laisse encore pressentir la véritable nature des opérations de police : « Attendu que les commissaires de police délégués ont été chargés, non d'entendre

1. G. Le Poittevin, *Dictionnaire des Parquets*, v° *Enquête officieuse*.

les témoins sur la foi du serment, mais de s'enquérir à l'effet de déterminer quels témoignages pourraient être utilement reçus... Que tout a donc été légal et régulier. » (Cass., 8 juin 1872. D. 72. 1. 381).

Ce sont peut-être là les vestiges d'une époque où les organes actifs de la recherche se trouvant sur un niveau encore sensiblement rapproché de celui de leurs devanciers, les sergents et tabellions si mal traités par le vieil Ayrault et la grande ordonnance, ne pouvaient être que d'un secours très relatif à la Justice, en conséquence de quoi les juges d'instruction devaient, bon gré, mal gré, se suffire à eux-mêmes. Depuis, l'organisation policière a pris un développement qui n'a d'égal que celui de ses pouvoirs judiciaires. Nous avons sous les yeux des procès-verbaux d'interrogatoires rédigés par des commissaires, parfaitement circonstanciés, et qui n'ont qu'un seul défaut, bien excusable d'ailleurs : celui de vouloir trop prouver. Modelée sur les besoins de la lutte, multipliée par la multiplication des criminels, et celle des procédés, autonome dans ses initiatives et ses responsabilités, la tentacule policière s'est glissée où un magistrat n'aurait jamais pu passer, elle a pu voir où un magistrat n'aurait rien vu ; elle a vaincu où un magistrat aurait reculé, et, forte de son succès, elle s'est approprié cette unité de l'instruction dont nous avons ailleurs essayé de montrer l'inéluctable nécessité. Elle en a tout naturellement exproprié le titulaire ancien, le juge grave et lent du Code d'Instruction criminelle. Sur

des indices qu'elle seule était en mesure de recueillir, elle a échafaudé des hypothèses que souvent le juge contrôleur n'a pas été en mesure de discuter, elle les a portées jusque devant le prétoire, elle y a fait reconnaître l'œuvre de ses mains aussi bien que de sa pensée.

La législation et la jurisprudence n'ont pas toutefois sensiblement modifié leur manière de voir. La loi ne connaît toujours que le juge d'instruction. La Cour de cassation décide fermement que les actes policiers demeurent au dossier sous la rubrique de « simples renseignements » ou « d'actes de forme ». Il nous faut donc poursuivre cette notion jusqu'à lui trouver un sens aussi précis que possible.

Il semble bien qu'elle ait été empruntée au vocabulaire de la procédure d'Assises. Selon l'article 269 du C. I. C. en effet les témoignages et les écrits versés aux débats en vertu du pouvoir discrétionnaire du président des Assises « ne seront considérés que comme renseignements ». D'après une Jurisprudence constante (1), les documents officiels du dossier sont au nombre de ceux qui ne pourront être

1. Cass., 7 août 1902. D. 1903.5.421. — Cf. Nadau, p. 282 à 289, *op. cit.*; Cass., 29 juin 1855. D. 55.1.319; Cass., 25 avril 1907. *Bull. crim.* n° 103; Cass., 15 nov. 1917. D. 1922.1.156; Cass., 10 mars 1921. *Bull. Crim.* n° 117. La Jurisprudence ne fait qu'une seule exception; les actes d'instruction officiels entachés de contrainte et annulés comme tels, ne peuvent être produits en Cour d'assises en vertu du pouvoir discrétionnaire. Leurs rédacteurs ne peuvent être non plus entendus comme témoins même à titre de renseignement. Cass., 28 août 1926. *Bull. Crim.* n° 223; Nîmes, 11 octobre 1923. D. 1923.2.205.

communiqués qu'en vertu du pouvoir discrétionnaire du Président de la Cour. Des arrêts anciens, et de plus remarquablement rédigés, nous enseignent la raison d'être et la forme de cette procédure. « Attendu qu'en Cour d'Assises, ces procès-verbaux ne peuvent être joints à la procédure et produits aux débats qu'en vertu du pouvoir discrétionnaire, afin que le Président puisse par cette occasion éclairer le Jury sur la valeur qu'il faut donner à ces actes » (1). « Attendu qu'il est prouvé par les dénonciations mêmes du Procès-verbal des débats que la pièce n'a pas été remise au Jury (2). » Enfin, par une disposition de ce même article 269 du C. I. C. les témoins entendus sous ces conditions sont dispensés de la prestation du serment. Le but, l'effort visible de la loi a donc été de mettre en garde les jurés contre des preuves qu'elle entend disqualifier. Pareille doit être *a fortiori* la préoccupation du président lorsqu'il s'agit d'actes ou de témoins officieux à l'égard desquels la loi n'a pas disposé. Voici d'ailleurs ce que la pratique judiciaire a fait de ces prescriptions : une jurisprudence très ancienne dispense le Président des Assises de l'obligation d'attirer l'attention des Jurés sur la différence de qualité des actes qui leur sont soumis (3).

1. Cass., 29 juin 1855. D. 1855.1.319.

2. Cass., 5 mars 1857. D. 57.1.178.

3. Cass., 7 janv. 1836. B. C. n° 19; 30 janvier 1851. D. 51.1.47.
Cette Jurisprudence tire argument de la considération que l'article 269 ne fait aucune mention de cet avertissement du Président.

La Cour Suprême est même allée plus loin. Elle admet que tous les actes nouveaux d'instruction intervenus dans le cours des débats sont *présumés* l'être sur l'ordre et en vertu du pouvoir discrétionnaire du président, s'ils sont constatés au procès-verbal sans autre indication particulière à cet égard (1).

Ainsi, dit M. Garraud, les interventions du Ministère public faisant usage de tous documents du dossier, seront tacitement couvertes. Pour des situations étranges qui peuvent en résulter, nous ne pouvons mieux faire que renvoyer à l'article déjà cité de M. le Professeur Demogue (2). Cet auteur rapporte un arrêt de la Cour Suprême du 7 janvier 1889 (*Bull. crim.*) n° 213 aux termes duquel le Ministère public serait autorisé à faire état pour la première fois à l'audience du contenu d'un dossier officieux qu'il aurait constitué en secret parallèlement à une instruction officiellement ouverte. Selon d'autres arrêts cités par le même auteur (3), l'on reconnaîtrait au Parquet le droit de constituer un dossier confidentiel et d'en dissimuler l'existence de pièces favorables à la défense. Le Ministère public se trouverait ainsi assimilé à un demandeur privé. Pour en finir avec la Procédure de cette communi-

1. Cass., 20 septembre 1851. *B. C.* n° 399. — Cf. Garraud, t. IV, p. 233.

2. *Rev. Crit.*, 1908, p. 376, sous un arrêt de Cass. du 24 mars 1906, et le titre : « du droit pour le Ministère Public de se constituer un dossier confidentiel ».

3. Cass., 6 août 1898, *B. C.* n° 290 ; 12 août 1898, *B. C.* n° 298 ; 25 avril 1907, *B. C.* n° 190 et 192.

cation et les illusions que l'on pourrait y fonder, nous ne pouvons mieux faire que rapporter l'appréciation qu'en donne un auteur, dont nous avons fait connaître la doctrine favorable aux enquêtes officielles : « D'après l'article 269, alinéa 2, les témoignages et les écrits versés aux débats en vertu du pouvoir discrétionnaire ne sont considérés que comme des « renseignements ». Cette disposition constitue un anachronisme, car elle se réfère à la théorie des preuves légales, étrangère au droit moderne. Aujourd'hui, toutes les preuves devant le jury étant des preuves de conviction, la valeur que la loi y attache importe peu, et cette disqualification de la preuve produite en vertu du pouvoir discrétionnaire, n'est qu'une question d'étiquette. »

L'affaire nous semble donc jugée : ce n'est point à la procédure d'administration des preuves qu'il faut s'attacher pour obtenir l'identification des simples renseignements.

Mais, où alors ? voudra-t-on nous donner le change, en affirmant que les documents officiels ne pourraient être employés à la conviction des jurés, qu'à condition d'avoir été soumis au contrôle de la défense, conformément aux principes de l'oralité et de la publicité des débats ? En l'exigeant la Jurisprudence ne fait encore une fois qu'assimiler les renseignements aux preuves. Ajoutons d'ailleurs qu'il n'est même pas indispensable qu'une communication effective à la défense ait eu lieu. Qu'il suffise que les pièces figurent au dossier. Que le fait

qu'elles y sont cotées et numérotées constituent une présomption, qu'il en a été fait communication. Et que c'est au demandeur en Cassation à établir la preuve qu'il n'en a pas eu connaissance officielle (1).

On sait qu'en ce qui concerne la procédure devant la juridiction correctionnelle, les conditions d'admission de la preuve officieuse sont moins rigoureuses encore. En réalité, il n'y a qu'un régime de preuves. La Cour de cassation fait confiance au discernement des magistrats de profession (2). Voici maintenant des règles qui nous dispensent de tout commentaire. Les témoins officieux peuvent n'être entendus qu'après lecture de leur déposition écrite. Il peut être donné lecture des procès-verbaux comme des simples rapports. Quant à la Cour d'appel elle peut même juger l'affaire exclusivement sur les pièces écrites, soit de l'instruction officielle, soit de l'enquête officieuse, plus ordinaire en matière correctionnelle. Une seule condition restrictive de cette liberté de conviction par ailleurs également exigée pour les deux espèces de preuves : la publicité et la contradiction (3). C'est aussi bien le seul point sur lequel porte en fait le contrôle de la Cour

1. Cass., 25 avril 1907. *B. C.* n° 63 ; 29 décembre 1906. *B. C.* n° 481 ; 18 juillet 1907. *B. C.* n° 331 ; 15 novembre 1917. *D.* 1922. 1. 156 et la note.

2. Cass., 18 juillet 1884. V. Nadau, th. préc., p. 297 ; Cass., 3 mars 1894. *D.* 98. 1. 284 ; 9 janvier 1904. *D.* 1904. 1. 625. Voir aussi l'article de M. Eyssautier sur l'instruction préparatoire. *In Rev. Prat.*, t. 53-54.

3. Garraud, *op. cit.*, t. IV, n° 1538 et suiv.

Suprême, à moins que les juges du fond aient eu l'inconcevable naïveté de faire état dans les termes mêmes de leur décision, d'une preuve administrée en violation flagrante de la loi, ou d'une juridiction établie (1) (2).

§ 4. — CONCLUSIONS

Tel est donc, pour nous résumer, l'état du droit relativement à la compétence officieuse des officiers de police judiciaire. Au point de vue de l'étendue de leurs pouvoirs, elle embrasse l'ensemble des opérations préjudiciaires, pénétrant même en dehors de toute réglementation légale, l'œuvre entière de l'investigation criminelle.

Au point de vue de l'effet produit sur la conviction des magistrats et des jurés, rien n'autorise à refuser *de plano* à l'enquête policière le crédit d'une véritable information.

Il ne peut être permis à la spéculation désintéressée de se dissimuler la face réelle des choses.

La police a déjà envahi le domaine de l'instruction préparatoire. Sous sa forme officielle, comme sous sa forme officieuse, l'enquête policière, c'est toute l'instruction. Faut-il s'en affliger *a priori* ?

1. Garraud, t. I, p. 519 et note ; Nadau, thèse, p. 275 et suiv. ; E. Ferri, *Sociologie criminelle*, p. 507, trad. française ; Cass. crim., 28 juillet 1899.S.1900.1.425 et la note qui contient une réflexion fort judicieuse.

2. Un défenseur déclaré des enquêtes officielles (Nadau, Juge suppléant) a très bien rendu compte de cette assimilation des preuves officielles et officieuses au cours de l'instruction définitive.

Sans anticiper sur des développements ultérieurs, nous croyons devoir reconnaître que si l'état de choses que nous venons de signaler, présente à nos yeux tout l'intérêt d'une situation transitoire vers un système d'instruction meilleur parce que plus approprié aux conditions modernes de la défense contre la criminalité, cette même situation, par le fait qu'elle est prétorienne, par le fait qu'elle évolue en dehors du cadre légal, en un domaine où la carence législative est plus que partout ailleurs intolérable, par ce fait qu'à un système de garanties, sinon suffisant, du moins pouvant donner l'illusion de l'être, cette situation substitue tout simplement l'arbitraire absolu, elle est grosse de tous les dangers les plus humiliants pour la conscience morale d'une société.

Ces dangers tiennent en principe à ce fait : que la police, amenée par la force des choses à étendre ses attributions à quoi on peut applaudir, est en même temps sortie du domaine naturel de sa compétence, résultat dont on n'aura que trop fréquemment à déplorer les conséquences. Voici pourquoi : Les moyens d'investigation dont l'instruction dispose actuellement, sont de deux sortes : les uns, purement techniques, les autres psychologiques. La police est un instrument d'action. Elle est toute imprégnée de ce caractère. Aussi bien fatalement, ses procédés d'investigation s'en ressentiront. Il faut donc *a priori* lui refuser toute compétence sur la preuve de sentiment si difficile à manier, parce qu'éminemment impressionnable.

D'autre part, l'œuvre d'instruction suppose en dehors de l'investigation proprement dite, une tâche beaucoup plus sensible ; celle d'appréciation. Tâche indivisible par sa nature, et qui suppose l'intervention d'une personnalité neutre, presque impersonnelle. C'est encore ce côté de l'opération qu'il faut enlever à l'organe policier. Les législateurs impériaux ont eu l'intuition lumineuse de ce double problème. L'esprit de leur construction est de plus en plus méconnu. C'est cet oubli qu'il faut chercher à la source du péril grossissant des heures présentes.

Ce sera peut être un sujet d'inépuisables étonnements pour les générations futures, d'avoir à considérer rétrospectivement l'attitude de nos auteurs les plus soucieux de la légalité à l'égard de cette invraisemblable invasion de l'arbitraire. Émus dans leur instinct de conservation par la menace croissante de la criminalité, ils ont cru pouvoir parer à la crise, en désorganisant leur système répressif au point de remettre le sort de la conscience humaine entre les mains d'un corps animé, certes, des meilleures intentions, mais aussi de l'ivresse du combat, de cette passion contagieuse de la chasse à l'homme, qu'une compétence technique, même indiscutable, ne peut suffire à balancer.

Or, nous comprenons qu'en face d'une criminalité croissante, il soit urgent de multiplier les rouages policiers. Ce que nous n'arriverons jamais à comprendre, c'est qu'on puisse obtenir une diminution des crimes, en réduisant proportionnelle-

ment les garanties de l'instruction qui doit être minutieuse et juste pour être efficace, et qui n'aura que plus de chances de retrouver le coupable lorsqu'elle en aura moins de s'égarer sur l'innocent.

APPENDICE AU CHAPITRE IV

UN FAIT DIVERS (I)

Le vendredi 13 septembre 1929, les employés de la gare de Lille faisaient la découverte d'une « malle sanglante ». Le Parquet de Lille avisé aussitôt, se rendait sur les lieux, accompagné du médecin-

1. V. *L'Œuvre*, *Le Journal*, *Le Quotidien*, *L'Ami du Peuple* des mois de septembre, octobre, novembre, décembre, et janvier.

Ce n'est pas, qu'on nous entende bien, l'innocence de tel ou tel prévenu que nous nous proposons d'établir ici. Les mouvements d'opinion n'ont pas de prise sur une étude abstraite par définition. Aussi, toute intention de polémique est-elle bannie de cet exposé. D'ailleurs, si nous avons accordé à cette affaire la préférence sur tant d'autres, c'est d'abord, parce qu'elle est la dernière en date, ensuite, parce qu'à elle seule, elle présente pour ainsi dire une synthèse de tous les dangers de l'enquête policière dans l'état de son développement actuel : on se trouve en présence de trois ou quatre pistes, toutes intéressantes, on en choisit une, un peu au hasard, on en arrive à lui donner insensiblement la force d'une thèse, et naturellement on l'impose à la justice. Pour arriver à lui donner une simplicité d'évidence, on ne recule devant rien : dossiers secrets, expertise trop concluantes, témoignages trop opportuns, communiqués tendancieux, etc.... Nous n'insisterons pas, bien entendu, sur les libertés que l'on a prises avec la loi : fraudes à la loi de 1897, perquisitions et saisies opérées en dehors de toutes garanties, désinvolture de la police vis-à-vis du Juge saisi.

Voyez encore les affaires citées dans la Thèse de M. Vernet : les arrestations, les perquisitions, Paris 1924 ; un article publié par M. de Marmande, dans le n° du 30 novembre des *Cahiers des Droits de l'Homme* ; les exemples donnés par M. le professeur Magnol dans la *Revue Pénitentiaire* de 1928, p. 160, etc. etc.,.

légiste, et précédé par le chef de la police locale. La malle contenait le cadavre d'un homme en putréfaction. La tête sérieusement endommagée était recouverte d'un tampon d'ouate d'environ 500 gr. Le tout fut emporté à la faculté de médecine de Lille aux fins d'autopsie. Détail : l'on trouva dans la malle une serviette de cuir pleine de papiers et d'adresses. La Police put établir, non sans de grandes difficultés, que le cadavre était celui de Frédéric Rigaudin, dit Rigaud, domicilié 4, place Emile Landrin, à Paris. Ce nom ne lui était pas inconnu.

La famille de Rigaudin avait eu un passé mouvementé. Sa mère vécut longtemps avec un anarchiste militant dont elle embrassa la foi, fréquenta les milieux malthusiens, et se livra à certaines pratiques tombant sous les coups du Code Pénal. La famille eut bientôt des démêlés avec la Justice, et s'en tira avec quelques années de prison. La mère et le fils reprirent, paraît-il, aussitôt leurs anciennes relations. Le 25 avril 1929, un peu avant midi, l'on trouvait ladite madame Blanc étranglée chez elle, place Emile Landrin. Ses économies s'élevant à 6.000 francs environ avaient en même temps disparu. On soupçonna le fils, mais aucune charge ne pouvant être relevée contre lui, la police fouilla dans les milieux anarchistes ; elle n'y trouva rien non plus, et se borna à surveiller de loin Rigaudin.

Celui-ci exerçait depuis longtemps le métier de comptable. Il possédait une clientèle étendue mais

assez particulière. Beaucoup d'étrangers y figuraient, et aussi un nombre considérable de clients, dont les finances étaient en mauvais état. Néanmoins, au dire de ses amis, le comptable avait réussi à se faire une situation, sinon brillante, du moins très satisfaisante. Seul et sans charges, il gagnait 4 à 5.000 francs par mois, et pouvait même consentir des prêts. Cette situation se trouva brusquement changée le lendemain de l'assassinat. Rigaudin parut préoccupé, ce qui était assez naturel. Il fut bientôt à court d'argent, ce qui l'était moins. Il se mit à emprunter des sommes relativement considérables, et n'hésita même pas à avoir recours aux expédients financiers les moins scrupuleux. Cependant il se livrait en même temps à des dépenses d'un genre assez paradoxal. Il empruntait à une de ses clientes, marchande de fourrures, 10.000 fr. pour s'acheter une petite auto, et engageait ladite auto au Mont-de-Piété le lendemain même de son acquisition. Il achetait à la même cliente une villa à Montreuil pour le prix de 30.000 fr., déclarant y vouloir habiter, et à quelques jours de là, se mettait en quête de locataires. Il se faisait en même temps consentir des prêts d'un montant bien supérieur à celui de la dette contractée vis-à-vis de sa cliente, et se trouvait néanmoins contraint d'engager au Mont-de-Piété des objets pour 25 fr. Des amis, des clients pourront dire plus tard qu'il paraissait accablé de soucis, et « avait l'air traqué ».

Le vendredi 6 septembre, il était aperçu pour la dernière fois chez des employeurs. On trouva plus tard dans la malle un carnet où il marquait les visites à faire. Les prévisions s'y arrêtaient au vendredi 6 septembre. Coïncidence remarquable, l'autopsie médicale à Lille opérée le vendredi suivant, faisait remonter la mort à 7 ou 8 jours. Néanmoins, la police allait retrouver des traces du comptable jusqu'au 9 septembre.

La concierge de son domicile faisait savoir aux enquêteurs que peu avant sa disparition, il avait reçu des lettres et des visites inaccoutumées. Le dimanche 8 septembre, très tôt dans la matinée, elle vit descendre le comptable tenant en main une mallette noire. Il ouvrit un pneumatique devant elle, et parut agacé du contenu. Il s'en alla comme apeuré, en regardant derrière lui. La concierge ne devait plus le revoir. On n'apprit que plus tard, la suite de son histoire.

Ce même dimanche, il s'était rendu à Montmory à l'Hôtel de la Châtaigneraie. Il y avait rencontré deux anciens clients, un tailleur et sa femme. Il déjeuna avec eux, et s'en alla téléphoner dans le courant de l'après-midi à un autre client, M. Duner, fourreur à Paris, afin de le supplier de lui consentir un prêt pour le lendemain. Le lendemain, lundi 9 septembre, le tailleur et lui prirent le train pour Paris. Il se séparèrent à leur arrivée en gare, vers les 8 heures du matin, et Rigaudin se trouvait à neuf heures chez le fourreur Dunner, rue de Chaba-

nais, d'après la déposition du fourreur lui-même. Celui-ci qui lui avait déjà consenti des prêts pour plusieurs milliers de francs, lui avança la somme de quatorze cents francs, dont le comptable prétendait avoir besoin, pour couvrir un chèque venu à échéance. Il quitta le fourreur presque immédiatement, disant qu'il courait à sa banque verser la provision du chèque. Il ne reparut plus.

L'on apprit aussi que ce même matin du 9 septembre plusieurs personnes avaient rendu visite à l'appartement de Rigaudin et parurent étonnées de ne le point rencontrer. Cependant qu'à Montreuil l'agent de location à qui Rigaudin avait remis les clefs de la villa achetée à sa cliente, s'y rendait ce même jour du 9 septembre, accompagné d'un locataire éventuel, et y faisait la rencontre de deux étrangers qui possédaient également les clefs de la villa... Deux autres témoins affirmeront plus tard avoir reconduit dans leur automobile, dans la direction de Montreuil, ce même jour du 9 septembre, une personne répondant trait pour trait au signalement du comptable.

Quoi qu'il en soit, personne ne revit plus Rigaudin à Paris, à partir du moment où, selon la déposition du fourreur, il quitta le domicile de celui-ci pour se rendre à la Banque. L'autopsie révéla qu'il avait dû mourir trois heures après un léger repas ou cinq heures après un repas normal, soit donc vers les onze heures du matin, soit vers les 5 ou 6 heures du soir. Le colis funèbre avait été enregistré entre 19 heures 45 m. et 20 heures 15 m. à la Gare du

Nord, à destination de Lille. L'expéditeur y avait accroché une étiquette en carton portant une adresse imaginaire, en caractères majuscules. La malle partit par le train de 22 heures 32 m.

Dès que la nouvelle de la découverte fut parvenue au Parquet de la Seine, M. Delalé, Juge d'instruction, fut saisi. Il délivra commission rogatoire à la police judiciaire. Celle-ci s'occupera désormais exclusivement de toutes les recherches jusqu'au 21 octobre, date à laquelle on retrouve un Juge d'Instruction différent. Le Parquet de Lille s'était dessaisi de suite après les premières constatations. Le brigadier Leroy prit en mains l'enquête. Il avait déjà instruit l'assassinat de Mme Blanc. Coïncidence intéressante, chez la mère comme chez le fils, la mort avait été provoquée par strangulation. Quant au mobile, la Police fit savoir d'abord, comme il fallait s'y attendre, qu'elle croyait au vol « crapuleux ». Rigaudin se rendait à une banque nanti d'au moins cinq mille francs, car telle était la valeur du chèque non provisionné. Or, il fut établi qu'il n'était jamais arrivé à destination. La conclusion était simple.

Restait à trouver le coupable. La police se prit à chercher parmi les clients du comptable assassiné. Elle demeura quinze jours indécise.

Dès le 16 septembre, deux jours après que les journaux eurent annoncé la découverte, un chauffeur de taxi demandait à être entendu. Il déclarait avoir chargé une malle en osier à Montreuil, le jour du

crime, et l'avoir transportée à la gare du Nord aux environs de midi. Comme il n'arrivait pas à se rappeler le nom de la rue, non plus que le numéro de la maison, il se fit accompagner par les policiers à Montreuil, et arrêta sa voiture devant une maison qui se trouva être précisément celle d'une cliente du comptable.

Peu de jours après, une lettre anonyme parvenait à la police judiciaire. Un autre chauffeur qui devait plus tard jouer un rôle dramatique dans cette histoire, affirmait avoir chargé une malle avec l'étiquette publiée par les journaux, dans une rue dont il ajoutait le plan sans la nommer. Il se trouvait que c'était la rue Chabanais. Ces deux dépositions furent longtemps ignorées, la Police ne les ayant pas versées au dossier de l'instruction. Ce n'est que deux mois plus tard, vers le milieu de novembre, que le Juge d'Instruction en prit connaissance. La Police Judiciaire se trouvait en effet sur une piste différente, elle en devenait de plus en plus sûre. C'est vers la fin septembre que les services de recherches parvenaient à apprendre que le 8 septembre, veille présumée du crime, Rigaudin avait passé la journée à Montmorency à l'Hôtel de l'Ermitage. Les propriétaires, le personnel et les clients de l'Hôtel furent alors soumis à des interrogatoires minutieux et répétés. Il paraissait, en effet, tout au moins étonnant que tout ce monde eût gardé le silence le plus absolu pendant plus de dix jours de la découverte du crime. Le propriétaire, M. Mancheron en four-

nit l'explication. Rigaudin mettait pour la première fois les pieds chez lui, et cependant l'hôtelier avait négligé de le porter sur ses registres d'entrée et de sortie. Il craignait à bon droit de s'attirer les reproches mérités de la police, et non content de se taire lui-même, il reconnut avoir instamment engagé ses clients à garder le silence le plus absolu sur la présence de Rigaudin à l'Ermitage le dimanche 8 septembre, veille du crime. Libérés de ce scrupule, hôtes et habitués de la maison parlèrent d'abondance. La police sut alors que Rigaudin avait rencontré à l'Ermitage le tailleur et sa femme, qu'il avait passé la journée avec eux, et que le matin du 9, il prenait le train pour Paris, en compagnie de ce même tailleur. L'hôtelière, Mme Mancheron, et sa fille, déclarèrent encore que le tailleur se trouvait de retour à l'Hôtel le lundi 9 septembre au soir, et qu'il y était arrivé à neuf heures en taxi. La police en conclut que le tailleur avait dû quitter la gare du Nord à Paris aux environs de 20 heures à 20 h. 15 m. ; or, c'était également entre 19 heures 30 m. et 20 h. 15 m. que la malle funèbre avait été enregistrée à la gare du Nord à destination de Lille. Restait à savoir par quel train le tailleur était arrivé à Enghien, d'où il avait pris le taxi pour Montmorency. On rechercha le taxi.

Interrogé le 24 septembre par l'inspecteur Schmidt, le chauffeur Jeanson déclara avoir chargé à Enghien-gare un inconnu à destination de Montmorency le 9 septembre à 20 h. 35 m. L'hypothèse prenait corps.

Elle devenait de plus en plus plausible. La police ne douta pas un instant que l'inconnu chargé à la gare d'Enghien à 8 h. 35 m. était le tailleur lui même.

Il y avait cependant une grave raison d'en douter. D'abord, le chauffeur Jeanson, mis en présence du tailleur, ne voulut jamais le reconnaître pour son client du 9. Ensuite, l'hôtelière de Montmorency, malgré une bonne volonté évidente de sa part, ne put non plus reconnaître le chauffeur Jeanson. Enfin, le 22 septembre, deux jours avant la déposition de Jeanson, un autre chauffeur, Henri Trempon, ou Van Trimpon, interrogé par le même inspecteur Schmidt déclarait avoir chargé le tailleur à la gare d'Enghien le 9 Septembre, à 19 heures 30 m. au plus tard, le reconnaissait immédiatement sur les photographies qu'on lui présentait et devait être plus tard lui-même reconnu par la propriétaire Manchéron pour être le chauffeur qui amena le tailleur chez elle le soir du 9 et prit l'apéritif avec lui, sur sa terrasse. Il y avait cependant une discordance d'heures assez remarquable. Chargé à 19 h. 30 m. à la gare d'Enghien, le tailleur devait se trouver normalement à l'Hôtellerie, bien avant 9 heures 40 m. Quoi qu'il en soit, cette déposition ne fut connue de la justice que le 19 novembre, soit deux mois entiers plus tard. L'inspecteur avait cru inutile d'en dresser rapport, et la déposition du chauffeur van Trimpon ne figura pas au dossier. On s'accommoda donc de l'autre et l'on devait en faire à très bref délai un usage décisif.

La thèse devenait d'ailleurs de plus en plus séduisante. En effet, dès le lendemain de la découverte du cadavre, M. le Directeur de la Police Judiciaire procédant personnellement à une perquisition au domicile de la victime, il découvrait une volumineuse correspondance. Or, parmi ces lettres, il y en avait une adressée à Rigaudin par la femme du tailleur, d'où il ressortirait que le mari était jaloux des assiduités du comptable auprès de ladite dame, ce dont ladite dame avait jugé bon d'avertir ledit comptable. On avait cru ferme jusqu'alors quai des Orfèvres, au mobile intéressé. On commençait à penser à présent au drame passionnel.

Alors, les joyeuses commères entrèrent en jeu. La police put recueillir de nombreux témoignages féminins, attestant sous des formes plus ou moins pittoresques, des excès du mari jaloux. Toutes ces dépositions, sauf une, furent rétractées dans la suite. On est involontairement frappé en parcourant cette affaire du nombre incroyable de témoignages aussi opportuns qu'inconsistants, et le D^r Locard y trouverait une illustration péremptoire de sa critique du témoignage. Malheureusement, cette même affaire devait bientôt apporter de sérieux arguments aux adversaires du savant criminologiste.

Autre argument à l'appui de la thèse passionnelle. Le 14 septembre, jour de la découverte du crime, le tailleur et sa femme se séparaient de domicile. Enfin, l'on apprenait qu'en l'année 1923, le tailleur avait habité Lille.

Le 30 septembre 1929, la Police Judiciaire convoquait afin d'être entendu comme témoin, Michel Almazian dit Almazoff, Arménien, domicilié avenue Jean-Jaurès, propriétaire d'une boutique de tailleur, et au surplus, déclaré en état de faillite depuis assez longtemps. L'interrogatoire dura environ 48 heures, la journée du 30 et celle du 1^{er} octobre. Le tailleur fut relâché. Il venait cependant d'aggraver considérablement sa situation. Interrogé sur ses relations avec Rigaudin, il déclarait l'avoir perdu de vue depuis le mois d'août. Interrogé sur l'emploi de sa journée le 9 septembre, il prétendit avoir été à un cours d'automobile rue Vauvenargues, où la police devait s'assurer bientôt qu'il n'y avait paru que le lendemain du crime. Interrogé enfin sur la date de sa séparation avec sa femme, il déclara en avoir pris congé le 13, au lieu que la police savait qu'ils ne s'étaient séparés que le 14, jour des premières publications sur le crime. Il commit au cours du même interrogatoire d'autres erreurs de moindre importance qu'il mit au compte de défaillances de sa mémoire. La police ne voulut point encore préciser son attitude. S'étant livrée à des perquisitions minutieuses et secrètes, tant au domicile d'Almazoff, avenue Jean-Jaurès, que dans la boutique de la rue Saint-Gilles, elle ne trouva absolument rien qui prêtât au soupçon. Par ailleurs, aucun témoin ne pouvait affirmer avoir aperçu le comptable, soit en compagnie du tailleur, soit dans les environs des lieux que celui-ci visita le jour du crime. Enfin, la

Police n'avait pas encore vérifié les déclarations erronées de l'Arménien.

Ce n'est que le 17 octobre que la nouvelle des découvertes policières parvint à la Presse. L'enquête prenait résolument parti pour la piste Almazian. Sous un voile dont le mystère n'était qu'apparent, les journaux du 18 octobre, publiaient un communiqué assez éloquent pour que personne ne put se faire d'illusion sur la nature des soupçons policiers et l'identité de la personne soupçonnée (Voir notamment le *Journal*, 18 octobre. 1929). On y ajoutait d'étonnantes précisions sur la jalousie du tailleur et la moralité de son épouse.

C'est à la suite probablement de cette lecture que le jour même à 9 heures du matin, Almazian se présenta spontanément à la police judiciaire, et dans un état voisin de l'indignation, demanda à voir le directeur dans le plus bref délai. Son épouse l'accompagnait. Conduit devant M. Benoist, il protesta violemment contre les publications diffamatoires des journaux. Alors commença un de ces interrogatoires légendaires dont les hauts fonctionnaires de la préfecture de police n'ont jamais voulu admettre la réalité, les mettant au chapitre de l'imagination calomnieuse et intéressée des prévenus. Cette fois cependant, il faudra bien se rendre à l'évidence : Almazian, entré à la Police Judiciaire le 18 octobre à 9 heures du matin, n'en sort que le 20 à 16 heures, pour être conduit devant le Juge d'Instruction. Il subit entre temps à plus de six reprises un interro-

gatoire presque ininterrompu en qualité de témoin. Il n'y a pas lieu d'insister ici sur les procédés de contrainte matérielle et morale dont la police aurait abusé en cette occasion, comme paraît-il en bien d'autres hypothèses de même nature. Un bruit énorme a été soulevé par ce côté de l'affaire, que la justice s'occupe d'ailleurs d'élucider. Nous avons résolu d'écarter de la présente étude tout ce qui aurait trait tout spécialement à ce qu'il est convenu d'appeler la « liberté individuelle ». Par ailleurs, il y a lieu de croire que l'usage que l'on peut faire d'une arme ou d'un moyen d'instruction, dépend aussi bien de la délicatesse de cette arme que de celle des personnes appelées à s'en servir.

Ce matin donc du vendredi 18 octobre, interrogé par le directeur de la police judiciaire, Almazian reconnaissait avoir menti sur ses rapports avec Rigaudin, rapports qui avaient été en réalité beaucoup plus fréquents qu'il ne l'avait laissé croire lors de sa première déposition. Il avait bien vu Rigaudin la veille et le matin du crime. Il n'en avait pas parlé sur la prière de l'hôtelier de Montmorency, qui craignait de s'attirer des désagréments, si la police venait à apprendre que Rigaudin n'avait pas été porté sur les registres de l'hôtel. Il reconnut aussi s'être séparé de sa femme le jour même où les journaux annoncèrent la mort du comptable. Il fut d'ailleurs établi que le ménage, aigri par la misère, s'était déjà séparé à plus d'une reprise. Mais le tailleur affirma avec une certaine insistance être arrivé à

Enghien à 19 h. 30. La police optant naturellement pour les dépositions combinées du chauffeur Jeanson et de la famille Mancheron, vit dans cette déclaration d'Almazian le désir évident de se créer un alibi assez puéril d'ailleurs, si l'on veut prendre la peine de se rendre compte de sa précarité. Quelques contradictions d'importance secondaire sur l'emploi de son temps que le tailleur mit au compte de sa mémoire, achevèrent de le perdre. Tous ces interrogatoires furent consignés dans un procès-verbal, minutieusement rédigé, et versé au dossier de l'instruction. Mais la police allait tenir bientôt des charges autrement directes contre le tailleur.

La malle sanglante avait été ouverte par M. Poissard, de la police Lilloise, le 13 septembre. L'ayant fait vider de son contenu, ce magistrat conclut, après un examen attentif qu'il n'y restait plus rien, et le 17 septembre, la remit à l'inspecteur Savary, envoyé spécial de la police judiciaire de Paris. La malle voyagea en l'absence de tous scellés, et demeura dans les mêmes conditions à la Police Judiciaire, où elle fut lavée le 9 septembre à l'eau et au grésil, et transportée le 6 octobre dans les locaux du service d'identité. C'est là que le 8 octobre, l'examinant à l'œil nu, M. Benoist déclara y avoir découvert des cheveux et un filament de coton que l'on remit à M. Amy, sous-directeur de l'identité judiciaire, aux fins d'expertise. Le jeudi 17 octobre, MM. Benoist, Nicolle et Amy prenaient le train pour Lille. Ils se faisaient remettre un morceau de l'ouate qui couvrait

la tête du cadavre et une partie des cheveux de Rigaudin. Non plus que lors du transport de la malle, les prélèvements ne furent mis sous scellés. On pouvait lire, d'autre part, dans les journaux du 20, la communication suivante : « Lors de leur voyage à Lille, MM. Benoist et Nicolle ont appris du médecin légiste Muller, dont le rapport n'était pas encore parvenu à Paris, que les blessures relevées sur le cuir chevelu de Rigaudin, avaient dû provoquer des giclures sanglantes dont on devait pouvoir retrouver les traces ». Le communiqué expliquait d'ailleurs que les coups portés sur la tête à l'aide d'une matraque, en sept endroits différents, n'avaient même pas fracturé le crâne, et que assénés par derrière, ils avaient provoqué simplement l'étourdissement de la victime, étranglée immédiatement après comme l'on sait déjà. Les chefs de la police judiciaire étaient de retour à Paris le jour même.

Dans l'après-midi du vendredi 18 octobre, Almazian, témoin gardé à vue dans les locaux du Quai des Orfèvres, était invité à suivre le brigadier Cot et deux inspecteurs rue Saint-Gilles, où ils devaient en sa présence procéder à une perquisition. Il est inutile de rappeler qu'une double perquisition minutieusement effectuée, n'avait précédemment apporté aucun résultat appréciable. Il devait en être autrement au cours de la troisième. L'opération dura deux heures. Le brigadier préleva un magma composé de coton et de poils qu'il plaça dans un flacon dûment désinfecté et rincé, mais qu'il omit naturel-

lement de sceller. Cette précaution ne fut prise qu'après leur retour à la police judiciaire, tard dans la soirée et en dehors de la présence du prévenu, lisez : du témoin. Cela, de l'aveu même du brigadier Cot. Les prélèvements furent livrés aux services de l'identité judiciaire. Malgré leur importance et le rôle qu'ils étaient appelés à jouer sur le sort du prévenu, aucun procès-verbal ou rapport n'avait été dressé de l'opération par le brigadier Cot, et ainsi par exemple, on ne parvint jamais à connaître en justice les dimensions de l'ouate prélevée.

A 18 heures, l'interrogatoire interrompu dans l'après-midi reprenait à la police judiciaire. A 21 heures, on priait M. Almazoff de bien vouloir coucher à la police judiciaire, les prélèvements n'ayant pas encore été identifiés par le service de M. Amy. Le lendemain 19, un samedi, l'un des chefs de la police judiciaire reprenait l'interrogatoire à 9 heures. A 14 heures 10, MM. Benoist, Amy et leurs services se rendaient à nouveau rue Saint-Gilles et pour la quatrième fois, l'on perquisitionnait dans la boutique du tailleur. L'on eut l'incroyable bonheur d'y découvrir une quantité de taches suspectes. Il y en avait d'abord sur le papier vitrail de la porte, que M. Benoist lui-même emporta à la police judiciaire. Il s'en trouva sur un tabouret. On réussit même à reproduire sur une photo, à l'endroit même où Rigaudin serait tombé, une tache beaucoup plus étendue que les précédentes. Il est vrai que jamais dans la suite on

n'arriva à retrouver cette tache. C'aurait été, paraît-il une simple flaque d'eau, évaporée après que l'on eût tiré le cliché.

De retour à la Police Judiciaire, on confia d'abord les prélèvements à M. Amy en lui recommandant l'urgence. En attendant, l'un des directeurs mettait Almazian au courant des nouvelles découvertes. Ce nouvel interrogatoire commencé à 16 heures 45 m. ne devait être interrompu que tard dans la nuit. Vers les huit heures, M. Nicolle relayait son directeur qui devait assister à une première sur les boulevards. « A 20 h. 45 m. M. Nicolle n'est pas encore descendu, quand tout à coup surgit dans les escaliers Almazian accompagné du brigadier-chef Ballerat et des inspecteurs M..., S..., etc... On le reconduit dans « les locaux » de la police judiciaire. A 21 h. la servante d'un restaurant voisin monte le repas qui semble assez copieux. » On sait d'ailleurs que le tailleur ne voulut point « se mettre à table ». A 21 h. 10 m. M. Nicolle descend. A un journaliste qui lui demande ses impressions, le chef de la brigade spéciale répond : « l'homme est très curieux. Par moment il sue à grosses gouttes, cherche ses mots et semble perdre pied. A d'autres instants, au contraire, il semble reprendre de son assurance... ce sera très difficile d'en tirer quelque chose. » M. Benoist que les journalistes attendent patiemment, revient du théâtre vers minuit. En smoking, il se rend dans ses bureaux où, dit *Le Journal*, il tente un suprême effort pour mettre Almazian en face des

réalités et le convaincre que sa résistance serait vaine. A une heure du matin, le tailleur, escorté de ses anges gardiens, est conduit « au centre ». Il paraît, au surplus, qu'il aurait même refusé de prendre du repos.

Le dimanche 21 octobre, l'interrogatoire reprit de plus belle, dirigé par M. Benoist en personne. Dans la matinée, le chef de l'identité judiciaire faisait connaître les résultats de ses investigations scientifiques : le coton prélevé dans la boutique se trouvait être identique à celui rapporté de Lille et au filament découvert récemment dans la malle d'osier. Les taches suspectes relevées sur le vitrail de la porte ainsi que sur le coton étaient bien des taches de sang humain. M. Amy demandait d'ailleurs le délai d'un mois afin de présenter le rapport en due forme de ses opérations. Le dossier fut envoyé au Juge d'Instruction, le matin de ce même dimanche. Et aux environs de 17 heures, le tailleur Almazian était invité à se présenter devant lui afin d'être entendu comme témoin.

Il résulte en effet de l'enquête ouverte par M. le Conseiller Maillefaud sur la plainte du tailleur, que M. Matifas, Juge d'Instruction, avait été saisi de l'affaire Rigaudin dès le mois de septembre. Voici dans quels termes un grand quotidien rendait compte de la déposition de M. Matifas : « Le dernier dimanche de septembre, ce magistrat aurait délivré une commission rogatoire à M. Nicolle, pour entendre les époux Mancheron à la Châtaigneraie. Cette en-

quête ne donna pas de résultats permettant d'inculper Almazian. Le 17 octobre, ce fut indirectement que M. le Juge apprit que MM. Benoist et Nicolle étaient partis pour Lille ; le lendemain 18, M. Nicolle l'assura, dit-il, qu'il n'y avait qu'une piste, celle du fourreur Dunner. « Il ne m'a, à aucun moment, dit que les époux Almazian étaient à la police judiciaire, pas plus qu'il ne m'a parlé du transport de l'identité judiciaire rue Saint-Gilles. Le samedi 19, vers 14 h. 30 m., MM. Benoist et Nicolle sont venus dans mon cabinet. Ils m'ont dit qu'Almazian et sa femme avaient été entendus comme témoins. Ils m'ont mis au courant des prélèvements de la veille et de l'opinion de M. Amy sur les taches de sang. Ils m'ont demandé une commission régulière pour M. Amy afin de faire de nouveaux prélèvements. J'ai signé cette ordonnance, et ils m'ont dit d'entendre les époux Almazian. Ce n'est que sur mon insistance le dimanche matin, que quelques minutes avant midi on m'a apporté les *procès-verbaux*. » A cela, M. Benoist se contenta de répondre que sa mémoire était moins précise que celle de M. le Juge, M. Nicolle fut plus catégorique : « Le samedi soir, lorsque j'ai rendu compte des opérations à M. Matifas, je me souviens lui avoir dit : « C'est à votre tour, Monsieur le Juge, de prendre vos responsabilités. » Il m'a demandé si je pouvais remettre la procédure le soir même. J'ai répondu qu'elle n'était pas encore *au point*. J'agissais en pleine confiance. Je pensais que le Juge agissait de

même à mon égard. Je n'ai pas pensé à lui demander un mandat contre Almazian, pas plus qu'il n'a songé à m'en offrir un. » D'ailleurs, le mandat lui aurait-il été demandé que très probablement, l'honorable magistrat n'eût pas été en mesure de le refuser ou d'en discuter l'utilité. Il n'avait pris aucune part active dans l'instruction, il n'en était pas le maître. Aussi, l'interrogatoire officiel du dimanche ne sera qu'une répétition, plutôt imparfaite, des interrogatoires policiers, sinon dans la forme, du moins quant au fond. Interrogatoire de témoin, faut-il ajouter, puisque c'est encore à ce titre que le juge entend Almazoff, et ce n'est que lorsque le mandat de dépôt aura été décerné que l'on songera à donner à l'instruction un caractère vaguement contradictoire. Bien mieux, les moindres actes de cette instruction ne seront qu'une reproduction d'opérations précédemment accomplies, et pas un témoin de l'accusation ne sera admis à déposer devant le Juge, si sa déposition n'a été d'abord recueillie, contrôlée et même rédigée par la police (1). Quant aux indices qui pourraient égarer l'instruction sur une piste différente, ils seront soigneusement écartés du procès, à moins que les efforts surhumains de la défense ne viennent tirer de l'ombre un témoignage tardif et estompé. Ainsi, dès l'entrée en matière, le juge se trouve en présence d'une thèse dont il ne pourra plus se dégager. Il faut lui rendre cette justice que non seulement il n'en prendra pas cons-

1. Exemple typique : la déposition du chauffeur Flottes.

cience, mais qu'il en sera encore totalement irresponsable.

« Qu'on le veuille ou non, les constatations de police orientent nos procédures. *Combien de fois me suis-je vu impuissant à remonter le courant !* » Ainsi parlait M. Guillot, ce juge d'instruction dont la magistrature parisienne a gardé un grand souvenir (1). Cependant, tout dernièrement encore, M. le Chef du Parquet de la Seine interviewé par un journaliste à propos de l'affaire judiciaire dont nous venons d'esquisser les origines, trouvait des arguments péremptoires en faveur des pratiques traditionnelles (2). Ces arguments n'étaient autres que nos vieilles connaissances les art. 8 et 10, C. I. C. : « La police judiciaire recherche les crimes, en rassemble les preuves et livre les coupables... » Le haut magistrat oublia-t-il d'ajouter ou bien le journaliste négligea-t-il de reporter que les actes de la police judiciaire ne sauraient présenter aucune sorte de danger, n'étant que de simples renseignements (3) ?

1. Cf. Albanel, Juge d'Instruction, *Rev. Pén.*, 1898, p. 19 ; Jolly, Juge d'Instruction, *id.*, p. 38 ; Ribot, *Rev. Pén.*, 1898, p. 1197. Voyez aussi E. Ferri, *Sociol. Crim.*, p. 509.

2. Voyez le *Journal* des 14 novembre et suivants. Les articles sont signés par M. G. Reuillard.

3. L'instruction ouverte sur l'assassinat du comptable Rigaudin dure encore. Sur réquisitions du Procureur Général, la Chambre des Mises en accusations de la Seine vient d'ordonner un supplément d'information sur les principaux chefs de l'accusation.

Le bruit de l'affaire est arrivé jusqu'au Parlement où une suite d'interpellations ont eu lieu le 29 novembre (Voir les journaux du 30).

CHAPITRE V

LE JUGE D'INSTRUCTION

BIBLIOGRAPHIE

- Faustin-Hélie*. — Traité, t. IV, l. IV, ch. III, IV (par. 8) VII.
- Duverger*. — Manuel du Juge d'Instruction.
- Esmein*. — Histoire de la Procédure Criminelle en France, 1^{re} partie, p. 67 à 100 et 2^e partie, titre II, chapitre II.
- Guillot (F.)*. — Les principes du nouveau Code d'Instr. Crim.
- Leveillé*. — De la réforme du Code d'Instruction Crim. Paris, 1882.
- Paris (J.)*. — Rapports du Juge d'Instruction et du Ministère Public. Thèse Paris, 1891.
- Milhaud (L.) et Monteux*. — L'instruction préparatoire. Paris, 1898.
- Morizot-Thibault*. — L'instruction préparatoire, 1906, 1^{re} partie (I, le Juge d'Instruction). III^e partie (III, le Règlement de la Procédure).
- Garraud*. — Traité de l'Instruction Crim., t. III, n^o 981 à 1036 ; t. II, n^o 695 à 697.
- Roux*. — Cours de droit pénal, n^o 501 à 505.
- Locard*. — L'Enquête Criminelle et les Méthodes scientifiques.
- Mimin (P.)*. — L'interrogatoire par le Juge d'Instruction, Sirey, 1926.
- Loewel (P.)*. — Tableau du Palais. Ch. le Juge d'Instruction, Gallimard, 1929.
- Revue Pénitent.*, 1907 (Cuche, « Le projet de loi sur les garanties individuelles ») ; 1909, p. 376 Chronique judiciaire ; 1925, Séances du 21 janvier et 27 mai.
- Desjardin (Ch.)*. — De l'utilité d'une Chambre du Conseil. Thèse Paris, 1902.

Vavaskeur. — La juridiction de la Chambre du Conseil (Rev. Crit, de Législation et de Jurispr., 1876, p. 327).

Kenny (C. S.). — (Traduction Paulian) Esquisse du droit criminel anglais, p. 572 et suiv.

Le public fervent du roman policier se fait une idée édifiante du Détective. C'est l'homme à la divination infailible et qui jamais n'est pris à court de ressources physiques ou intellectuelles. Sous une apparence malingre de penseur il est capable de déployer une force musculaire surhumaine et sa science universelle ne s'étonne de rien. Aussi les affaires languissent tant qu'il n'en a point pris charge, mais l'on peut en applaudir d'avance l'issue nécessairement heureuse dès l'instant où il est appelé à s'en occuper.

Le Code et à sa suite la plupart des législations continentales, ont eu la superstition du Juge Inquisiteur. Evidemment l'idée qu'on s'en faisait ne fut pas tout à fait celle d'un policier prestidigitateur. Il faut faire la part du temps.

Aujourd'hui, c'est la lutte pied à pied contre l'amateur érudit du crime, le cosmopolite de toutes les professions, la lutte à l'aide du microscope sur les données de la poussière invisible, ce n'est plus l'homme, mais la matière mise à la question. Il faut reculer de quelques lustres pour retrouver dans toute leur pureté les images que reflètent encore les textes de nos Codes. Le coupable était alors appelé devant un redoutable confessionnal. L'œuvre de l'expiation commençait au seuil de la procédure. Le

Juge investi d'un pouvoir quasi-sacerdotal avait à désarmer moralement son adversaire. Plus haute, plus simple aussi était alors sa mission. L'empreinte digitale ou le sphygmomètre ne pouvaient lui être que d'un secours relatif. La connaissance de la vérité était en quelque sorte chez lui l'effet d'une révélation. Il s'agissait simplement, par l'artifice d'une dialectique savante et péremptoire, d'amener le patient à partager la conviction qui avait pu se former dans cette conscience inspirée. Aussi, pour être à la hauteur de sa mission, l'Inquisiteur n'avait pas grand chose à attendre des connaissances techniques qu'on réclamera bientôt du dernier de nos Inspecteurs. Il lui suffisait d'être impartial pour être infaillible, en un mot, d'être Juge. Aussi, n'a-t-on jamais entendu réclamer du Juge que l'impartialité.

Relisons ces admirables discussions rapportées par le Baron de Locré. Jamais la vertu transcendante du juge n'est mise en doute. Ce à quoi tendent tous les efforts, c'est à la conserver incorruptible. C'est à en écarter les influences malsaines qui pourraient la ternir. Elevé au-dessus des passions privées, sourd aux raisons d'état, le Juge devait naturellement trouver en lui-même l'intuition de la vérité absolue.

Ceuvre lente de l'emprise des traditions monarchiques, peut-être aussi résultat des croyances nouvelles en l'Infaillibilité de la Raison humaine, cette fascination, non plus de la Justice immanente, mais du Juge immanent, a dominé l'esprit et les

conceptions des criminalistes de 1808. « Notre Code, dans l'organisation qu'il a faite de l'instruction préalable, s'est bornée à attribuer au Juge une puissance à peu près illimitée. Tous les droits de l'instruction sont établis. Les cas où ils peuvent s'exercer ne le sont pas. Toutes les mesures que la recherche des crimes peut rendre nécessaires, sont autorisées. Aucune condition n'est exigée pour leur application. Si quelques règles sont placées çà et là comme pour éclairer de temps en temps la conduite du Juge, ces règles demeurent stériles, car elles n'ont pas de sanction. Il a suffi à la loi que ce magistrat fût armé d'un pouvoir assez grand pour atteindre tous les coupables, pour surmonter toutes les résistances, pour vaincre tous les obstacles : elle ne s'est point inquiétée de l'excès de ses actes ; elle s'est fiée à sa sagesse et à sa modération ; elle a préféré cette prudence pratique à sa propre prudence ; *elle a en quelque sorte abdiqué entre ses mains*, peu soucieuse peut-être des droits qu'il pouvait fouler en passant.

« Or, ce pouvoir discrétionnaire doit-il être le dernier mot de la loi pénale ? Est-ce à poser cette règle qui n'en est pas une, à créer ce *Dogme de l'Arbitraire*, qui dispense la loi de toute prévoyance, que doivent aboutir les travaux de la science et l'expérience des législateurs ? Les citoyens n'auront-ils d'autre défense contre les actes de l'instruction que les lumières et le caractère du Juge qui les ordonne ? Et ce Juge lui-même auquel un si grand pouvoir est

départi ne trouverait-il dans la loi aucun secours contre ses erreurs, contre ses passions ? La tâche du législateur serait trop facile si elle ne consistait qu'à constituer une autorité sans la définir, à créer des attributions sans les régler » (F. Hélie).

Paroles définitives mais sceptiques. Or, au moment même où elles étaient tracées, une loi ne venait-elle pas enlever le dernier obstacle à l'omnipotence du Juge ? Cette loi du 17 juillet 1856, qui, en supprimant la Chambre du Conseil, ajoutait aux pouvoirs du juge celui de Juridiction d'instruction, et complétait ainsi l'abdication du législateur entre les mains de l'Omniscient, ne procédait-elle point de l'ancienne foi en l'infailibilité de l'Homme de Justice ?

De son verbe inspiré, il établissait les fondements de la vérité humaine. Et pareil au Créateur, il pouvait contempler son œuvre en toute sérénité, car désormais personne, hors lui-même, n'était plus qualifié pour la juger. Il disposait de l'humaine existence à l'égal de son Dieu.

Bien entendu, la pratique n'est pas entrée dans cette manière de voir. Elle a même fait du juge d'instruction la cinquième roue de la voiture judiciaire. Mais la foi n'a pas disparu. Elle inspirait encore jusqu'à ces toutes dernières années les conceptions des réformateurs : Revenir au Juge. En faire le pivot de l'instruction préparatoire. Lui restituer « le dépôt sacré de notre honneur ». Mais voici une constatation plus admirable encore.

Le Juge en se dessaisissant de l'instruction au profit de la Police Judiciaire, lui a transmis au surplus, une partie de sa compétence « mystique ». Nous nous gardons bien d'exagérer la portée de cette observation. N'est-il point permis cependant d'être frappé du crédit fait en France aux appréciations policières ? La police britannique est à l'égal de notre Police Judiciaire, un merveilleux outil entre les mains de l'instruction. Mais, du premier Inspecteur Chef, au dernier Constable, ses agents ne sont que d'obscurs sujets du roi Georges, et dont l'intelligence participe de la relativité des choses humaines. Aussi, et parce qu'ils n'échappent point à la loi commune qui veut que l'homme supporte les conséquences de ses actes afin de pouvoir en tirer profit pour l'avenir, avant d'oser soumettre les résultats de leurs investigations à la Justice, avant de livrer leur homme au soupçon infâmant, prennent-ils soin de s'appuyer sur des faits de telle nature, qu'on ne puisse, du moins raisonnablement, leur faire grief d'une erreur, que serait susceptible de commettre le *bonus pater familias* lui-même, leur instinct de conversation sociale y étant directement intéressé (1).

1. Une démonstration *a contrario* en a été donnée tout dernièrement lors de l'aventure de Mlle Savidge. Elle n'avait subi d'ailleurs qu'un interrogatoire de quelques heures, sans aucune pression physique, dans les locaux de la Scotland Yard. Des mesures draconiennes ont été prises le lendemain même à l'égard de la police, dont on trouvera un résumé dans les *Cahiers des Droits de l'Homme*, année 1929, p. 724.

La police judiciaire a pu se dégager de ces scrupules par trop démocratiques. Ses procédés de recherche font encore, quoi qu'on en dise, une trop large part à l'intuition déjà si admirable chez le dépositaire de la confiance légale, beaucoup moins rassurante chez ses ayants-cause.

Qu'on veuille bien se rappeler un moment cette lugubre histoire de l'assassinat de Marie Latelle, qui fournit d'ailleurs au D^r Locard l'occasion d'une étincelante démonstration. Sur les données d'un procès-verbal où l'on a soigneusement consigné tout le bavardage d'un quartier, la police Judiciaire de Lyon se saisit de Gourbin, le fiancé de la victime. Des commères n'ont-elles pas insinué qu'il était jaloux ? On lui fait subir le plus « crucifiant » des interrogatoires, mais le patient réussit à établir un indiscutable alibi, lequel vérifié de point en point, ne laisse plus aucune chance à la police. Va-t-on le relâcher ? Les limiers d'Outre-Manche l'auraient fait, ou plutôt, ils n'auraient jamais pensé à l'arrêter sous des conditions aussi fragiles. Cependant, un vétérans de la police lyonnaise a cru démêler quelques fausses notes dans la jérémiade qu'est en train d'improviser l'amoureux sur le thème de son veuvage prématuré. Aussi, a-t-on idée de faire parade de ses peines sentimentales, devant le corps des policiers assemblés ! Il n'en faut pas plus long aux vétérans pour conclure que la douleur est simulée. Les indices sont désormais accablants. Commérages concordants sur la jalousie du prévenu. Simu-

lation probable d'une douleur que les liens du cœur ne suffisent pas à expliquer. Impression très nette surtout d'un policier qui a pour lui l'expérience des hommes. Tel est le faisceau de preuves sur la foi duquel les auxiliaires du Parquet prennent sur eux, non pas d'inculper leur prisonnier, mais de l'envoyer aux fers jusqu'à plus ample informé. N'y a-t-il pas là révélation de vérité ? Le plus fort, c'est que Gourbin était bien cette fois-ci l'assassin de Marie Latelle. La science du D^r Locard allait bientôt l'établir.

L'on se souviendra sans trop de peine de cas non moins célèbres, où croyant tenir le meurtrier par le moyen de procédés similaires, au bout du quatrième mois de détention préventive, la police en était réduite, en l'absence de toute autre preuve plus substantielle, à faire encore le choix parmi les mobiles les plus contradictoires. Au surplus, elle n'avait que trop de mérite à vouloir, malgré tout, vérifier les résultats d'une inspiration aussi spontanée.

Or, pour en revenir à notre sujet d'étude, à la conception que les législateurs du siècle dernier se sont faite du juge d'instruction, on est bien tenté, nous le répétons, en présence de la situation invraisemblable créée au juge, d'en rechercher les causes dans cet ensemble de croyances en l'infailibilité de ses moyens. C'est parce qu'on lui attribua une sorte de double vue en présence du crime, que jamais l'on ne fut tenté de mettre en doute la loyauté de son commerce avec la Vérité. C'est de ce fait que

tout naturellement on le dispensa de rendre compte à qui que ce fût de ses erreurs les plus évidentes. Lors même que la loi lui fit une obligation de motiver ses sentences, tout le monde admit avec la meilleure grâce qu'il eût le droit de se soustraire de la manière la moins dissimulée, aux exigences de la loi, au moyen des formules de style devenues classiques (1). Le législateur, lui-même, ne se fit pas faute de montrer combien il lui répugnait de soumettre à un contrôle quelconque, aussi bien la personne du juge que ses actes de juridiction. L'article 135 C. I. C. n'est que l'un des articles de ce credo de tout repos, confirmé d'ailleurs par la loi du 17 juillet 1856. Les ordonnances du Juge d'Instruction échappent à tout recours de la part du prévenu, sauf la double exception des articles 114 et 539 C. I. C. Il est vrai qu'une voie de recours tout à fait générale est au contraire ouverte au Ministère Public. Quel usage en a-t-il fait? Au courant de l'année 1897, nous dit M. Morizot-Thibault, les juges d'instruction en France ont été saisis de 42.277 affaires; 55 seulement de leurs ordonnances ont été portées devant la Chambre des Mises en accusation. « Mais, si vous observez, dit l'auteur, que dans ce nombre, la statistique comprend tout à la fois les oppositions de la Partie Civile et celles du Ministère Public, et si vous remarquez qu'en fait elles

1. Voir les observations intéressantes échangées à ce sujet à la Soc. des Et. Lég. Opinions de MM. Lévy-Ullmann et Menesson. V. aussi Morizot-Thibault, p. 501 et suiv. etc., etc...

n'émanent toujours que de la partie privée, vous en concluez que le Ministère Public ne forme pas opposition aux ordonnances du Juge... parce qu'il n'éprouve jamais le besoin de le faire. »

Ainsi les décisions de l'oracle sont souveraines. La personne du pontife lui-même est inviolable, et ce n'est pas là un moindre sujet d'émerveillement. Nous ne voulons pas soulever ici cette traditionnelle controverse des responsabilités. Qu'il nous suffise de rapporter les termes lapidaires dont M. le Professeur Hugueney se servit pour en faire l'histoire : « Les textes du Code pénal se rouillent dans l'oubli, et l'on n'a pour ainsi dire pas d'exemple depuis le début du xix^e siècle d'une prise à partie qui ait réussi » (1). Infaillibilité, souveraineté, irresponsabilité, telles étaient, telles sont encore, dans la mesure de leurs manifestations actuelles, les composantes de cette omnipotence du juge, dont la verve d'un avocat s'est plu à tracer l'esquisse que voici : « Dans toute l'Europe, les monarques voués au jeu des lois constitutionnelles, sont des souverains de parade, qu'on promène en carrosse les jours de gala, et qu'on enferme soigneusement le reste du temps. Le Président de la République Française ne peut pas ouvrir la bouche sans avoir derrière lui un Ministre responsable, et le ministre vit sous le contrôle de six cents députés et de trois cents sénateurs. Mais ce passant inconnu que vous venez de

1. *Bulletin de la Soc. des Etudes lég.*, question n° 63, p. 68, rapp. de M. le Professeur Louis Hugueney.

frôler en sortant du métro Cité et qui, d'un pas tranquille, se prépare vers les trois heures de l'après-midi à pénétrer dans son cabinet où, depuis deux heures, des avocats et des témoins qu'il a convoqués, se morfondent, c'est notre Maître à tous. On ne sait quel souci, quel scrupule ou quelle ignorance le retiennent d'exercer son pouvoir. Ou peut être que l'ayant aperçu un jour face à face, et en ayant mesuré l'étendue, il a reculé épouvanté. Ou peut être que plus simplement il ne l'a jamais compris... Il n'est pas défendu de tracer le canevas d'un conte à peine invraisemblable, dans lequel on verrait un juge difficile se décider noblement à consacrer sa vie à l'étude d'une énigme judiciaire, toujours mécontent de lui-même, toujours insatisfait de ses recherches, apprécier que son instruction n'est jamais au point, et enivré d'atteindre la perfection, laisser mourir de vétusté son client préventivement détenu, dans la poursuite minutieuse de l'inaccessible vérité. C'est pourquoi, si vous devez jamais entrer un jour dans un cabinet de Juge d'instruction, il vaut mieux que ce soit justement en qualité de Juge d'Instruction (1). »

Pour contrebalancer des pouvoirs aussi absolus, le législateur ne demandait au juge que cette seule vertu qui rentre dans la définition même de sa profession : l'impartialité. Il fut visiblement préoccupé d'assurer au juge l'indépendance vis-à-vis des offi-

1. Pierre Lœwel, *Tableau du Palais*, chap. : « Le Juge d'Instruction ».

ciers de ministère public. Il ne prit point garde à une autre servitude qui attendait le magistrat à son entrée dans la carrière. Servitude combien plus profonde, danger autrement grave que celui provenant d'influences extérieures et occasionnelles, contre lesquelles, à la rigueur, il suffit de la stricte honnêteté professionnelle, pour être prémuni. Le Code ne songea pas à protéger le juge contre lui-même. Nous verrons les conséquences de ce fâcheux mais inévitable oubli. Il nous faut auparavant montrer comment la pratique se joua de la première précaution du législateur en asservissant le juge au Parquet. Nous dirons ensuite que si, au sein de l'organisation judiciaire, le juge a été réduit aux proportions d'un simple officier de police, l'emprise de la profession d'autre part, l'effet naturel des pouvoirs si généreusement octroyés, ont pu lui valoir le surnom assez exact de « policier impuissant ».

§ I. — DE LA DÉPENDANCE DU JUGE D'INSTRUCTION
A L'ÉGARD DU PARQUET :
LE JUGE, OFFICIER DE POLICE JUDICIAIRE.

Cet article a soulevé de tous temps les discussions les plus passionnées. En France, il a surtout été en vogue durant la seconde moitié du XIX^e siècle (1). Aussi, tout a été dit et répété à ce sujet, et l'on concevra que nous ne nous y arrêtons

1. Mais v. encore par exemple dans les *Cahiers des Droits de l'Homme* (Publication de la Ligue) les articles sur l'indépendance des Juges d'Instruction, etc... années 1929 et 1930.

que pour mémoire. La question tient d'ailleurs de trop près aux mœurs politiques d'un pays auquel nous ne pouvons revendiquer l'honneur d'appartenir. Elle touche à ces intérêts dont le conflit peut menacer la sécurité de tout honnête homme, et amener occasionnellement la justice à s'occuper d'individus qui n'ont rien à voir avec les sujets du D^r Lombroso. Il y aurait là une explication suffisante de cette popularité dont a pu bénéficier la question, au même titre que celle soulevée par l'article 10 C. I. C. L'homme n'est ému que par ce qui le touche immédiatement. Il conçoit beaucoup plus difficilement la possibilité d'être traité en criminel ordinaire. Aussi, lui répugne-t-il de s'intéresser au sort fait à des gens dont il peut se flatter de ne jamais encourir la déchéance. « En matière de droit commun, l'arbitraire ne choque personne ». Oui, mais parfois, l'arme que l'on s'est forgée pour sa défense peut se trouver, par le jeu de circonstances dont nous n'avons pas le secret, retournée contre l'homme ou la société, qui se la sont forgée. Lorsque l'arbitraire et la passion sont tolérés dans une société, peu importe que l'usage en soit réservé au Procureur, au Préfet, au Juge ou à la Police. Quant à croire que cet arbitraire, on pourra le bannir du domaine politique, tout en le conservant dans le droit commun, ce serait faire trop peu de cas de la loi providentielle des correspondances (1). Il sera intéressant

1. La loi grecque n'a rien de semblable à l'article 10, et la compétence policière des préfets n'y est que tout à fait subsi-

d'examiner sommairement comment le mécanisme ordinaire de l'instruction a pu se plier aux abus que nous venons d'évoquer. Pour des raisons sur lesquelles l'on nous permettra de ne pas revenir, nous croyons devoir laisser la parole, en cette matière, aux auteurs français.

I. — C'est par *l'inamovibilité* que l'on a traditionnellement cherché à obtenir l'indépendance des Juges à l'égard de l'exécutif.

Sous l'Ancien Régime, on y réussit au delà même de toute espérance, par le moyen de la vénalité des charges. Après l'orage révolutionnaire essuyé avec une violence toute particulière par les corps judiciaires, Bonaparte rétablit le caractère viager des fonctions, mais retint l'avancement. Les régimes qui suivirent ne se firent pas faute de suspendre cette inamovibilité — même pour les besoins de la cause et procéder à des investitures nouvelles. Mais ce qui de tout temps a été d'actualité, ce fut la fièvre de l'avancement. Nul, mieux que M. Morizot-Thibault, n'en a signalé l'importance et les dangers (1). Huit circulaires de 1822 à 1880 n'ont eu

diaire en droit comme en fait. Le Ministère public n'y a pas d'autres pouvoirs que ceux qui lui sont accordés en France. Nous serions heureux de pouvoir affirmer que les partis n'aient jamais su se servir de la loi aux dépens de la Justice.

1. Morizot-Thibault, *op. cit.*, p. 97 à 99. La littérature de la question est d'ailleurs volumineuse. Voici, au hasard, des articles que nous avons eus sous les yeux : Sadoul, *La crise de la magistrature. Rev. Pol. et Parlem.*, 1925, t. 124, p. 387 ; Lamaze, *Magistrature et Démocratie, Rev. Pol. et Parlem.*, 1914,

pour objet que de calmer la fièvre de l'avancement. Un nombre incalculable d'instructions du même genre auraient été données depuis. « Soustraire la nomination et par conséquent l'avancement des magistrats aux règles de la justice, c'est introduire l'inquiétude et l'intrigue dans les fonctions judiciaires.

« Lorsque les juges peuvent tout obtenir d'un homme, ils s'inquiètent surtout de flatter la main qui distribue les faveurs. On voit alors la docilité et l'intrigue remplir le cœur des magistrats. A mesure que s'allume le désir de leur intérêt, le zèle du bien public s'amoindrit, et l'ambition devient leur loi. Ils distinguent leur fortune de leur profession et ils sont tout prêts à sacrifier leur profession à leur fortune... Soumis comme les autres juges à cette dépendance générale, le magistrat instructeur aurait eu besoin de voir fortifier, plutôt que diminuer, l'autorité de la fonction qu'il exerce. » Le décret du 1^{er} mars 1852, venant ouvrir la fonction aux suppléants, ne pouvait qu'aggraver les inconvénients de cette dépendance.

II. — Par rapport au Parquet Général, le juge d'instruction est dans l'état de subordination hiérarchique. L'article 57 C. I. C. dispose en effet, qu'en ce qui concerne les fonctions de police judiciaire, le Juge sera sous la surveillance du Procureur.

t. 80, p. 523, en réponse à un autre article de M. Rengade publié sous le même titre, dans la même revue, 1914, t. 79, p. 480, etc...

reur près de la Cour d'Appel. Les articles 279 et 280 C. I. C. ne laissent aucun doute à cet égard. Nous ne ferons que rappeler ici cette vieille querelle (1).

En effet selon que l'on entendait plus ou moins largement le sens des fonctions de police judiciaire, on reconnaissait au Procureur Général un pouvoir plus ou moins absolu sur le juge d'instruction. La Cour de Cassation, dès le début du XIX^e siècle, se prononça sur la solution extensible. Elle était en cela approuvée par M. Mangin, l'illustre procureur général, et combattue à peu près par tous les auteurs de la même époque, Duverger en tête, qui tirait une argumentation très subtile et, nous semble-t-il, parfaitement exacte, des articles 279 et 280, dans leur suite naturelle. Le droit de surveillance n'aurait pour objet licite, que d'éveiller l'activité professionnelle du juge et non la diriger dans tel ou tel sens. Quant à faire une distinction parmi les actes de la compétence du juge d'instruction, cela, pour être réalisable en logique, ne nous paraît pas

1. Faustin Hélie, *op. cit.*, t. IV, p. 100 et suivantes. Bourguignon, *Jurisprudence des Codes criminels*, t. I, p. 170; Carnot, *Instruction criminelle*, t. I, p. 285. Cet auteur avait d'ailleurs une théorie personnelle qu'il abandonna dans la suite; Mangin, *Instruction écrite*, t. I, p. 38 et 39; Cour de Cassation, arrêt de principe, 4 août 1820, rapporté par cet auteur; Morizot-Thibault, *op. cit.*, p. 122 et suiv.; Masson, thèse précitée; Dijon, 1909, p. 31 et suiv.; et de Saint-Auban, *Rev. du Palais*, 1^{er} avril 1897, etc... Un exposé à peu près complet de la controverse: Jean Paris, thèse précitée, p. 100 et suivantes. V. Garraud, *op. cit.*, t. II, p. 552 et suiv. et Leloir, *Rev. Pén.*, 1901, p. 673.

moins quelque peu oiseux. En effet, s'il est possible de dédoubler des actes et des fonctions, il est beaucoup moins aisé de dédoubler la personne soumise à surveillance, surtout si l'on envisage ce droit de surveillance, non plus strictement par rapport aux sanctions disciplinaires, mais bien dans le sens du prestige moral exercé par le supérieur hiérarchique. « J'ai vu maintes fois, dit M. Morizot-Thibault, des magistrats instructeurs s'émouvoir d'une ingérence trop détaillée qu'ils considéraient comme attentatoire à leur liberté. Mais il ne m'est jamais arrivé de constater une résistance décisive. » L'on a souvent proposé de remplacer la surveillance du Procureur Général par celle du Président de la Chambre des mises en accusations. Le juge lui enverrait ses notices hebdomadaires, pendant que le Procureur de la République continuerait à faire parvenir les siennes au Procureur Général, le tenant ainsi toujours au courant de l'état des procédures, et le mettant en mesure de solliciter les réquisitions de son subordonné. D'autres ont proposé, à l'exemple des législations germaniques, la surveillance de la Chambre du Conseil rétablie. Il est évident que cette chambre, partout où elle existe, est un gros appui pour l'indépendance du Juge d'Instruction vis-à-vis du Parquet. C'est même, pourrait-on dire, sa principale utilité. Nous en faisons l'expérience en Grèce, où cependant la loi soumet aussi complètement que possible le Juge d'Instruction à la surveillance du Procureur Général. L'article 13 du Code d'Instruction

Criminelle Grec dispose en effet : « La direction suprême de tout ce qui concerne l'instruction appartient au Procureur Général du ressort, sous le contrôle de la Cour d'Appel. L'article 15 : « Au procureur général appartient la haute surveillance de tous les fonctionnaires exerçant des pouvoirs d'instruction. » Les articles 16 et 17 accordent enfin au Procureur de la République, de la manière la plus explicite, un droit de direction et de surveillance, sur les instructions ouvertes dans leur ressort. Mais les conflits qui pourraient s'élever entre le Ministère Public et le Juge d'Instruction ont été soumis par la loi à l'arbitrage de la juridiction du Conseil et c'est par là que le Parquet est tenu en respect. Le Code de Procédure Pénale Italien qui, en cela n'a pas été modifié par le projet de 1929, contient des dispositions tout à fait analogues. Le projet du Sénat de 1882, article 43, décidait dans le même esprit que le Juge d'Instruction serait placé sous la surveillance du Procureur Général, aussi bien quant aux fonctions de police judiciaire, que quant à celles d'instruction. En un point encore ce projet se rapprochait de la législation grecque actuelle : enlevant à la partie civile le droit de mettre en mouvement l'action publique, il faisait de la poursuite des infractions un monopole du ministère public.

III. — Le Parquet dispose d'autres moyens de persuasion qui, pour être indirects, n'en sont pas moins énergiques.

Les fonctions d'instruction sont conférées aux Juges par un décret du Chef de l'Etat rendu sur les présentations du Procureur Général, qui sont ordinairement celles du Procureur de la République. « C'est une confirmation, dit M. Guillot, de la désignation faite par les chefs du Parquet. » Il y a longtemps, en effet, que les présidents des Cours et Tribunaux ont abandonné ce pouvoir, se le réservant pour le personnel de l'audience. « Ainsi, dit M. Morizot-Thibault, c'est le chef du Parquet qui apprécie le mérite et les aptitudes des candidats au poste de l'instruction. Ceux-ci tiendront leur mandat de la main de ceux qu'ils devront contenir, » Ce même article 55 limite la durée des fonctions ainsi conférées à trois ans. Ce délai pourra être renouvelé par tacite reconduction. Est-ce à dire que le juge jouira dans ses fonctions d'une inamovibilité triennale ? La pratique française ne l'a jamais admis. Le Gouvernement peut, sur l'initiative du Chef du Parquet, le dépouiller de ses fonctions avant l'expiration du délai de trois ans, au lieu que le juge lui même ne peut librement se démettre de son mandat d'instruction en cas de conflit avec le Ministère Public. Le caractère équivoque de cette situation a été mis en lumière lors de la navrante aventure du plus éminent des juges d'instruction de la Seine, M. G. Le Poittevin, en 1909. Ce magistrat avait, sur réquisitions conformes du Ministère Public et de la Partie civile, signé une ordonnance de mise en liberté provisoire, au célèbre faiseur de diamants, Lemoine. Lemoine,

en ayant profité pour disparaître, les fonctions d'instruction furent brusquement retirées à M. Le Poittevin à titre de sanction (1). Il est entendu que cette prérogative trouvera plus fréquemment l'occasion de s'exercer en matière politique.

En troisième lieu, le Juge est tenu par le Parquet, grâce à la pratique qui régit la distribution des dossiers à l'instruction. On sait que la répartition des affaires avait longtemps été confiée au Président du Tribunal (2).

L'usage, la lui retira, et depuis le milieu du xix^e siècle, elle appartient en exclusivité au Ministère Public, Les circonstances politiques y furent, à ce qu'il paraît, pour beaucoup. La situation s'aggrave encore, comme le fait très justement remarquer M. Guillot (3) du fait qu'après avoir choisi le juge d'instruction, le Parquet aura encore le choix de la Chambre appelée à connaître de l'affaire.

« C est le Procureur qui est chargé de la poursuite et c'est lui qui choisit le Juge s'écriait Berryer (4). Et nous sommes en France, dans ce pays d'ordre légal, dans ce pays des rois justiciers, dans ce pays où les institutions de justice ont toujours été si

1. *Revue Pén.*, 1909, Chronique judiciaire, p. 376 et suiv.

2. Décret du 30 mars 1808. V. Morizot-Thibault, p. 111.

3. *Op. cit.*, p. 37.

4. Corps législatif, séance du 14 février 1860. V. par contre la circulaire du 23 juillet 1856 : Le Garde des Sceaux ne s'y fait pas faute de signaler à MM. les Procureurs « divers usages abusifs » qui consistent à remettre la répartition aux Présidents des Tribunaux. Arrêt de principe. Cass., 22 avril 1875, S. 1875. 1.283. (Les réquisitions avaient été dictées par le Garde des Sceaux lui-même).

fortes, si respectées ; c'est dans ce pays-là qu'on admet des juges choisis par celui-là même qui doit solliciter la condamnation !... »

Il n'y a pas très longtemps, un Tribunal colonial faisait une tentative de retour à des doctrines oubliées. Il admettait courageusement que le Tribunal fut qualifié pour nommer aux fonctions d'instruction, du moins à titre provisoire, et même qu'il lui revenait de choisir l'informateur d'une affaire *in specie*. La Cour de Cassation cassa évidemment (1).

Mais M. le P^r Roux ne peut s'empêcher de déplorer l'attitude de la Cour Suprême en cette circonstance. « Il n'est pas convenable, pour un Magistrat, d'attendre son occupation du Parquet qui discutera son zèle ou ses opinions politiques, et ce qui est non moins grave, en dispensant les causes, pourra mettre en vedette certains juges d'instruction au détriment des autres, asseoir leur réputation et leur donner des titres à un avancement ». M. le Président Leloir (*Rev. Pén.*, 1925, séance du 21 janvier, p. 54) proposait quelque chose de plus substantiel du point de vue technique, la répartition serait confiée au doyen des juges d'instructions dans les villes, au moins, où ces magistrats sont nombreux. Mieux que tout autre, il connaît les aptitudes particulières de chacun de ses collègues.

Enfin, le Juge se trouve en état d'infériorité vis-à-vis du Parquet, parce que tout simplement, les

1. Trib. de Sidi-bel-Abbès, Cass., 26 janvier 1907 et la note de M. Roux.

officiers du Parquet dominant en fait par leur situation, ceux de l'instruction, surtout lorsqu'ils ont affaire à des suppléants (1). Soit donc qu'à l'instar de ce qui se passe à Paris, le Juge d'Instruction se trouvant seul et isolé en présence de la puissante hiérarchie des fonctionnaires de l'accusation, il se sente trop souvent enclin à se souvenir « qu'on a beaucoup à craindre et trop à espérer du Ministère Public » ; soit que sous le couvert des relations amicales fréquentes dans les Parquets de Province, celui qui joint au prestige d'un chef la persuasivité confidentielle d'un ami, puisse insinuer ses conseils avec plus de souplesse, dans les deux cas, l'indépendance du Juge d'Instruction se trouvera compromise.

IV. — L'équilibre étant ainsi rompu en fait, sinon en droit, entre les deux officiers supérieurs de la Police judiciaire, on est bien forcé de considérer sous un angle assez différent de la perspective légale, les rapports existants entre le Ministère Public et le Juge, au cours des opérations mêmes de l'instruction. L'œuvre d'instruction apparaîtrait ainsi comme le résultat d'une collaboration plus ou moins étroite entre la partie publique et le Juge, la direction pouvant éventuellement en échoir au Ministère Public, pour peu que celui-ci y fut intéressé.

En effet, l'art. 61 établit à son profit un droit de réquisition absolument général. Ce droit s'exerce

1. Morizot-Thibault, *op. cit.*, p. 94-95.

aussi bien à l'ouverture, pendant le cours et avant clôture de l'information. Il implique la connaissance du dossier qui s'obtient au moyen de communications obligatoires, en certains cas déterminés, facultatives en dehors de ces cas, mais dont la fréquence ne dépend que du bon vouloir du Ministère Public (1). Enfin, ce droit de réquisition est sanctionné par un droit d'opposition également général devant la juridiction supérieure d'instruction. Par le moyen de ce mécanisme, le Procureur de la République tient, pour ainsi dire, l'instruction d'un bout à l'autre. Il n'est pas à prévoir, à moins de se trouver en présence d'une indépendance de caractère exceptionnelle, que le Chef du Parquet doive envisager l'éventualité d'une résistance décisive ou même sérieuse de la part du Juge d'Instruction. M. Morizot-Thibault en fournit la démonstration péremptoire au sujet notamment des réquisitions et ordonnances de clôture. A consulter les statistiques, dit en effet cet auteur, on se rend compte du premier coup d'œil qu'elles ne mentionnent jamais d'oppositions du Ministère Public aux ordonnances du Juge d'Instruction. Les chiffres de l'année 1897 sont dans la proportion de 55 oppositions pour 42.277 procédures en comprenant dans le chiffre des recours formés ceux des parties civiles, non les moins nombreux, paraît-il.

1. Abus regrettables signalés par MM. Guillot et Morizot-Thibault, Juges d'Instruction brusquement dessaisis, dossiers disparaissant pour réparaître entre les mains d'un Juge plus commode.

Ce droit de contrôle du Ministère Public sur la marche de la Procédure, soulève des questions de la plus haute importance théorique et pratique, mais qui ne présentent pas un intérêt bien réel pour le sujet précis de cette étude. Ne serait-ce pourtant que par acquit de conscience, nous croyons devoir en faire tout au moins mention.

Il est d'abord entendu en doctrine, comme en Jurisprudence, que les réquisitions formulées par le Ministère Public ne lient pas en principe le Juge d'Instruction (1).

La question s'est posée de savoir dans quelle mesure le réquisitoire introductif opère la saisine du Juge d'Instruction. Une doctrine aujourd'hui classique a longtemps enseigné que le Juge se trouve lié quant au fait à instruire, mais conserve pleine liberté d'inculper quiconque lui en semblera être l'auteur, en dehors ou même contrairement aux réquisitions de la partie publique (2). « Limiter les recherches à l'inculpé désigné par le réquisitoire,

1. Une exception, notamment en ce qui concerne la main-levée du mandat du dépôt ou d'arrêt, art. 94 al. 3.

2. Faustin Hélie, *op. cit.*, t. IV, n° 1621 ; Morizot-Thibault, *op. cit.*, p. 106 et suiv. ; Guillot, *Des principes du nouveau Code d'instruction criminelle*, p. 58.

La question a été longuement discutée, plus particulièrement du point de vue des droits de la partie civile à la Société des Prisons, séance du 27 mai et 21 janvier 1925. M. le Président Leloir, M. le Prof. Donnedieu de Vabres, opinaient pour la saisine *in rem*, M. de Ryckère, avocat général à Gand, exposa la doctrine de la Cour suprême belge, qui est celle de la saisine quant au fait et quant aux personnes dénommées dans la constitution de partie civile.

écrivait M. Guillot, Juge d'Instruction, ce serait condamner le Juge à prendre pour objectif dans ses investigations, non pas la vérité, mais la thèse du Ministère Public. » La Cour de Cassation avait adopté cette manière de voir (1). L'arrêté du 2 juillet 1925 se fondait tout particulièrement sur le principe de la *séparation des fonctions de poursuite et d'instruction*. L'ouverture d'une information par rapport à un *fait donné*, non requise par le Ministère Public, serait un acte incompatible avec les fonctions du Juge. L'inculpation d'un auteur ou complice, effectuée sous des conditions identiques, ne serait au contraire qu'un acte d'instruction.

Nous nous permettons d'observer, sans vouloir d'ailleurs prendre parti sur la question, que la distinction proposée à l'envisager rigoureusement du point de vue du principe invoqué par l'arrêt, nous semble assez peu en harmonie avec l'esprit du Code d'Instruction Criminelle, et notamment de cette règle qui veut que les fonctions de poursuite se trouvent autant que possible en d'autres mains que celles de l'instruction. A en croire en effet les discussions rapportées par le baron de Locré, cette règle tendrait principalement à empêcher que naisse dans l'esprit de celui qui sera appelé à juger l'inculpé une prévention fatale résultant du fait qu'il lui aurait porté lui-même l'accusation infamante. Il semble donc bien que le juge doive être le dernier à qui l'on puisse remettre l'inculpation des indivi-

1. D. 1924.1.58, 28 juillet 1925 ; B. C., n° 208.

dus qu'il aura lui-même à juger. Dans un ordre d'idées quelque peu différent, la Cour de Cassation décidait le 28 mai 1925 que le Juge d'Instruction, saisi par une constitution de partie civile, était tenu d'informer aussi bien *in rem que in personnam*. Mais cet arrêt établit une assimilation qu'il n'est pas sans intérêt de rapporter ici : « Attendu que la poursuite ainsi suscitée devant le Juge d'Instruction, *offre les mêmes caractères que si elle avait été requise par le Ministère Public*, que le Juge d'Instruction a le devoir d'informer contre ceux que la partie civile a, à ses risques et périls, nommément dénoncés dans sa plainte comme inculpés. » Le projet du Sénat de 1882, dans son article 50, disposait de même : « Le Juge d'Instruction ne peut instruire que sur les faits *et à l'égard des individus* qui sont l'objet du réquisitoire du Procureur de la République. »

Quoi qu'il en soit, les réquisitions du Ministère Public ne lient certainement pas le juge lorsqu'elles concernent les opérations d'instruction proprement dites. Néanmoins, la place qui lui est octroyée par les textes de l'instruction est considérable, s'il est vrai qu'en fait sa participation le soit moins. Sa présence à toutes les opérations, possible en droit, appuyée de l'autorité morale, qui s'attache à sa personne, est de nature à imprimer à la procédure un caractère non-équivoque de partialité, encore aggravé par le fait qu'aucun pouvoir correspondant de l'inculpé ou de sa défense ne vient nécessairement contrebalancer, même après la réforme de

1897, la situation privilégiée de l'accusateur. L'on s'est complu il est vrai à se reposer sur l'initiative du juge inamovible pour la défense des intérêts du prévenu. N'était-ce point là une garantie suprême que cette présence et cette intervention personnelle, active et continue, du magistrat impartial par définition, protecteur naturel des libertés, individuelles, instruisant toujours et partout à charge et à décharge ? Des auteurs en sont encore profondément convaincus. Ils n'ont jamais cessé de regretter que la loi de 1897 ait imposé la présence du défenseur aux interrogatoires, sans y rendre également obligatoire celle du Ministère Public. La situation de l'accusation se trouverait ainsi compromise, si le juge lui-même ne prenait soin des intérêts de l'ordre public, quittant pour un instant son rôle de protecteur naturel de l'accusé.

Mieux avertis, MM. Milhaud et Monteux n'ont pas manqué d'observer au contraire que tous les actes du Juge d'Instruction, sauf l'interrogatoire, étaient des actes dirigés contre le prévenu, et pour sa conviction. Leurs contemporains MM. Dagallier et Bazenet, tirant argument des paroles mêmes de M. Constans, assuraient au surplus que la présence du Ministère Public demeurerait parfaitement possible pendant l'interrogatoire lui-même, et que la loi n'avait point voulu condamner un état de choses antérieurement existant (1).

1. Dagallier et Bazenet, *Commentaire de la Réforme de l'Instruction crimin.*, p. 162. Dans la séance du 24 mai 1897, M. Cons-

Nous voulons dire maintenant notre sentiment personnel sur l'ensemble de la question. Nous avons essayé de rapporter, d'une manière très sommaire, les principaux griefs adressés couramment dans la doctrine française, dans celle de la fin du siècle dernier surtout, à la part trop considérable qui est faite aux fonctionnaires du Parquet, dans une instruction régulièrement ouverte. Nous comprenons parfaitement la portée politique de ces scrupules. Mais, nous plaçant exclusivement sur le plan du droit commun, et en dehors, devons-nous ajouter de la sphère épurée des principes, nous ne croyons pas que la participation, à la supposer active bien entendu, du Chef du Parquet, aux actes de l'information, dût porter une atteinte bien grave aux garanties d'une bonne et consciencieuse instruction. Nous ne nions pas la réalité de la prévention qu'on redoute chez l'officier professionnellement investi de la poursuite.

Mais, et c'est là le fond de notre pensée, prenant résolument parti contre l'optimisme traditionnel du législateur français, nous redoutons une prévention d'un genre différent, peut-être, mais non moins inquiétante, parce que dissimulée aux yeux de l'opinion, et hélas, aux yeux de la loi, par le voile d'une confiance invétérée.

tans déclarait que si sa proposition ne prévoyait pas la présence du Ministère public aux interrogatoires, c'était pour la raison bien simple que déjà, le Cabinet d'instruction lui était grand ouvert.

§ 2. — DE L'ÉTAT DE DÉPENDANCE DU JUGE D'INSTRUCTION
A L'ÉGARD DE LUI-MÊME : LE JUGE POLICIER.

Il sera toujours d'une philosophie par trop élémentaire et d'une politique peu prévoyante, de se reposer sur les qualités d'un homme pour préjuger du mérite d'une institution.

C'est un reproche que l'on avait pu adresser au système inquisitorial tel qu'il fonctionna, sous la Monarchie. Cependant, le milieu dans lequel il était appelé à évoluer, les hommes qu'il était appelé à servir, le penchant général des croyances d'alors, la nature même du régime politique, étaient en sa faveur autant de circonstances atténuantes. L'ambiance commandait alors de faire confiance au pouvoir fortement concentré. On semblait convaincu que le fait d'investir un mortel de la plénitude des droits et de le rendre souverain de ses responsabilités, eût la vertu mystique de l'élever sensiblement au-dessus du niveau de ses semblables, et lui conférer cette puissance bienfaisante dont se sentait dépouillée l'humanité timorée.

Vint la Révolution. Alors, on eut brusquement la révélation des iniquités passées. C'était le moment ou jamais de faire profiter les institutions judiciaires du souffle de générosité qui semblait animer cette société, affranchie de préjugés. Mais l'on a trop souvent été forcé de constater que l'élan de ces mouvements populaires s'épuise dans l'ef-

fort de destruction. Quand la tourmente eut passé, en vain crut on reconnaître parmi l'amas des décombres, quelques lueurs de toutes ces vérités découvertes. Ce n'étaient que reflets du grand incendie. Bientôt le reflux irrésistible du passé en eut recouvert les dernières incandescences.

Avec une incroyable rapidité, les anciennes croyances reprirent leur empire. Seuls, rescapés du naufrage, les juges populaires empruntés à l'Angleterre, furent recueillis avec un regret non dissimulé. Mais, en revanche, restauré sur ses autels, l'ancien inquisiteur gardait l'entrée du forum. Hier encore, n'avait-il point été « le tyran » qui se plaisait à présider à l'administration de la torture ? Il revenait à présent comme « le gardien naturel des libertés individuelles ». Cette confiance nouvelle et entière n'était pas seulement dans les textes. Elle était dans les mœurs. Elle y est encore. Singulière persistance d'un mirage dont on a tant de fois éprouvé la vanité. Un auteur, et non des moindres, écrivait encore en 1906 : « Pour que notre loi soit préférable à celle d'Angleterre, il suffira d'une chose, à savoir que le magistrat instructeur garde son indépendance à l'égard de lui-même, et vis-à-vis de tous ». Mais enfin, il ne suffit pas de prescrire au juge le devoir d'instruire à charge et à décharge. Il faut encore lui donner les moyens de le faire. Or, si nos lois ont cru pouvoir l'obtenir en lui remettant les pouvoirs les plus absolus, et en le dégageant de tout contrôle, on peut dire, sans être doc-

teur dans la science des hommes, qu'elles se sont trompées. Il est d'usage, toutes les fois qu'on tente d'établir un parallèle entre les magistratures de France et d'Angleterre, de comparer l'aspect démocratique du Magistrat français au prestige munificent dont on semble entourer son voisin. C'est être dupe des apparences. Le principal mérite de la législation anglaise est de pouvoir reposer sur une juste notion de la valeur de ses magistrats. Qu'il soit en soutane ou en jaquette, en silice ou en toge, l'homme est homme. Et c'est bien le dernier moment où l'on soit excusable de l'oublier, lorsqu'on se propose de lui donner droit de vie et de mort sur ses semblables. Engourdis par l'autorité de la tradition, les libres penseurs qui enfantèrent nos Codes, ne se sont jamais demandés s'il était humainement possible de réunir par la seule vertu d'un décret de l'Exécutif, le souci combiné des intérêts les plus contradictoires dans la personne du même individu. Ils n'ont pas voulu discerner le coefficient de sentiment qui entre dans toutes les données de la connaissance humaine. Ils avaient la foi : « La loi a placé la procédure tout entière entre les mains d'un Magistrat, dont l'indépendance est la garantie de toutes les parties, et dont le caractère suppose une appréciation judicieuse de toutes les mesures qu'il ordonne ». Il suppose encore « la force de résister à un légitime entraînement, la patience d'écouter les explications même incohérentes ou contradictoires, la résignation nécessaire pour vérifier des

allégations même invraisemblables », et enfin, « cette exemption complète de toutes les passions, de tous les sentiments, de tous les intérêts qui pourraient, sous quelque rapport que ce soit, altérer l'appréciation du Juge » (Jousse et Desquiron, cités par Faustin Hélie). C'est donc de son caractère que le magistrat devra tirer toutes ces vertus : « Le Juge d'Instruction puise dans sa qualité même la première règle de ses pouvoirs : c'est parce qu'il est Juge qu'il a été chargé de l'instruction (1). » Point d'autre condition d'aptitude. Il y avait là mieux qu'un idéal ; il y avait une abstraction. Ce serait faire vraiment trop peu de cas des contingences humaines que de reprocher aux Juges de n'avoir pas toujours été à la hauteur d'une mission aussi immatérielle. Précipités dans la mêlée quotidienne des passions les plus violentes, n'ayant pour toute armure que la connaissance des textes, ne pouvant s'enrichir que de la connaissance du vice et de la perversion, pressés d'édifier un avenir personnel sur un certain nombre d'affaires heureusement terminées, sincèrement envahis quelquefois malgré leur endurcissement fatal par l'abjection que peut inspirer une plaie humaine, il eût été au-dessus de leurs forces d'entrer dans les vues d'un individu qu'ils étaient appelés à confondre, et que placés entre l'horreur de l'acte et la précision du texte, ils prissent encore soin de la faillibilité de l'homme.

Or, l'ordre naturel des choses veut que cet homme,

1. Faustin-Hélie, t. IV, n^o 1650.

quel qu'il soit, se présente à son semblable qui tout à l'heure sera son juge, sous les conditions les moins à son avantage. Qu'il arrive précédé du dossier policier, ou qu'on l'amène chargé des chaînes du mandat, il porte encore sur lui la honte de l'exhibition qu'on lui a fait subir à travers les rues, ou l'accablement des heures humides de la prison, de l'atmosphère d'exténuante rébellion et de grimaçant fatalisme, qu'il y a laissée. A moins d'une force de résistance peu commune, l'homme en cet état garde l'empreinte de l'appareil.

Où donc le juge trouverait-il la force de sympathie qui le ramènerait au niveau moral de l'inculpé? Par quel élan de spontanéité désintéressée, tendrait-il la main à celui que la société dont il assume la défense, lui présente comme l'ennemi? Le type de ces juges se trouve bien dans les livres d'école. Il y fraye avec l'innocent de la tradition, qui n'a même pas besoin de protester de son innocence, puisqu'elle se trouve déjà écrite sur son front, et qui ne dissimule jamais la vérité. L'homme que vous avez là, Monsieur le Juge, va mentir. Il va mentir parce qu'il a peur. Votre face glabre et muette le hante plus que le fantôme du crime que vous lui supposez, et que peut-être il n'a jamais commis. D'autres ont passé avant lui, et il sait que votre art dialectique ne leur a pas été de beaucoup de secours. Il mentira pour échapper à une question dont il ne peut apercevoir la portée. Il mentira parce qu'il ne se rappelle plus et qu'il n'ose cependant garder le silence. Il mentira parce

qu'il ne peut être précis et que vous n'admettez pas une réponse évasive. Peut-être encore, il mentira tout simplement parce qu'il y voit un moyen plus sûr que la vérité, qui pourrait prêter à interprétation de votre part. Or, vous ne chercherez jamais à savoir pourquoi il aura menti. Il vous suffira qu'il ait menti, et ce sera déjà un tantième de la preuve. Nous pourrions nous dispenser de rappeler la suite.

Des témoins facilement recrutés par les auxiliaires viendront corroborer hardiment la prévention mal assise. D'autres qui se sentiront la mémoire vacillante, vous seront obligés de les aider à la raffermir. Il y en a qui courront même au-devant de vos plus secrètes pensées. Plus tard, la vérité se sera pour eux cristallisée dans le texte que vous leur aurez fait signer. Puis viendront les indices et les raisonnements que vous-même prendrez la peine de tirer des faits connus sur les faits inconnus, mais déjà devinés, et dans la fièvre de votre tâche, vous oublierez peut-être un moment, Monsieur le Juge, que la raison est un vase à deux anses que l'on peut prendre à gauche et à droite (1).

Alors, vous appellerez le prisonnier. Si devant votre déconcertante certitude, il perd contenance, s'il se trouble, cela ne pourra s'expliquer de deux façons. Et s'il persiste à nier, si dans un accès de rage, à bout d'arguments, il vous lance à la tête son innocence, vous aurez la bonté de lui rappeler qu'il se trouve dans une enceinte de justice, peut-être

1. Diogène Laerce.

encore à l'issue de l'interrogatoire aurez-vous la coquetterie de retenir son défenseur pour lui souffler, dans un sourire savamment désabusé, qu'il n'y a que le Coupable qui puisse s'emporter de la sorte. Et si par impossible, des faits nouveaux viennent ébranler trop bruyamment le lent édifice de votre conviction, s'il devient matériellement impossible de résister à l'évidence, alors faudra-t-il refaire la longue voie décevante ? Faudra-t-il s'astreindre au douloureux devoir de revenir sur ses pas ? N'y aurait-il pas moyen de s'accrocher quelque part ?

Il faudrait se faire de singulières illusions, Monsieur le Juge, pour vous tenir rigueur de ce qui n'est que votre métier. Tout homme à votre place n'agirait pas autrement. L'erreur de la loi fut seulement d'oublier que vous appartenez à l'humanité. Il y a soixante ans, un conseiller à la Cour Suprême énumérait dans un saisissant raccourci tous les écueils auxquels se trouve exposée l'omnipotente initiative des inquisiteurs. Nous voudrions appuyer cette partie de notre argumentation sur son attestation autorisée : « On peut se défendre des sentiments qui écartent directement du devoir et ne cachent pas où ils mènent. Et cependant Domat disait à ce sujet : « Ce sont ces sortes d'injustice qui sont les plus périlleuses et les plus fréquentes. Il n'est pas facile de s'apercevoir qu'un intérêt secret, une crainte, une espérance et toutes les impressions de cette nature peuvent tourner l'esprit du juge contre la justice. » Mais il est plus difficile de résister à certains entraî-

nements qui, sous le voile d'un devoir rigoureusement accompli, parviennent à égarer la volonté la plus pure. L'habitude des affaires criminelles, l'expérience de la perversité humaine, une progressive initiation aux ruses et aux mensonges des prévenus, tout ce milieu de corruption et d'immoralité au milieu duquel ses fonctions le maintiennent sans cesse, éteignent peu à peu dans le juge la croyance aux allégations de la défense et l'idée que la vérité peut s'y rencontrer. Comment ne pencherait-il pas à croire à la sincérité des faits que le ministère public croit et affirme ? Comment ne serait-il pas entraîné à suspecter des assertions qui, dans la bouche de plus de la moitié des inculpés, se trouvent mensongères ? De là cette disposition générale à ne pas accorder la même foi, à ne pas donner les mêmes moyens de vérification aux allégations de la prévention et de la défense. Enfin, la société et tous ses intérêts sont d'un côté, et de l'autre, il ne voit qu'un inculpé, que la prévention frappe déjà de suspicion, et dont les moindres contradictions semblent une preuve de sa culpabilité. »

Il paraîtrait donc ainsi que par un effet naturel de ses redoutables fonctions, le Juge pourrait, au moins par accident, se trouver empêché de remplir la totalité ou partie des conditions de sa charge. A moins de se contenter délibérément des exceptions, il faudra se résigner à admettre qu'un même homme ne peut cumuler les deux attributions contradictoires d'instruire à charge et à décharge.

Or, voici maintenant une dernière observation. Il est évident que l'insuffisance du juge dans l'exercice de ses fonctions légales, vient pour une grande part du caractère trop absolu de ses pouvoirs, du fait qu'il en assume la direction et la responsabilité morale. Malgré lui, il sera amené à se former une thèse. Or, il serait de la dernière imprudence que la loi se mêlât de lui venir en aide dans ce travail, en lui intimant l'ordre de se former une conviction. Amené déjà par le penchant naturel de ses fonctions à accueillir la thèse de la prévention, le juge ne saurait avoir que des hésitations salutaires. La loi devrait l'aider à suspendre sa conviction le plus longtemps possible. Il ne faut pas que, fasciné par le but, il travaille dans un sens exclusif. Il ne faut pas qu'il soit tenté de supprimer les circonstances contradictoires et d'éliminer les éléments étrangers à sa thèse, ou, ce qui est plus grave, qu'il n'arrive même plus à les apercevoir. « L'information doit être comme une glace, doit représenter les objets tels qu'ils sont, sans augmenter, diminuer ni altérer en quelque manière que ce puisse être (1). » Il est une source capitale de l'erreur qui se glisse dans les institutions humaines, d'autant plus périlleuse qu'elle demeurera toujours imperceptible aux hommes de bonne foi. C'est la hâte de conclure, la fièvre de la généralisation. Le peu qu'elle ajoute, le peu qu'elle retranche au résultat net de chaque observation partielle, finira fatalement par former boule de

1. Muyart de Vouglans, *instruc. crim.*, p. 245.

neige. Or, l'homme de science travaille sur des données matérielles à peu près immuables en elles-mêmes. Tout ce qu'il peut arriver à fausser, c'est la suite logique des impressions qu'elles lui suggèrent. Mais l'homme de loi travaille sur de la matière humaine, matière essentiellement malléable. Il pourrait donc sous certaines conditions exercer une action directe et personnelle sur les données mêmes de son raisonnement. Raison de plus pour lui épargner les sources d'erreur résultant des convictions prématurées. Si on l'oblige à prendre parti, on l'amène à préciser ses positions. On crée un fait accompli ; on court, au-devant de l'irréparable, car l'œuvre d'appréciation ne peut se trouver concentrée à une extrémité de la procédure, ou par grandes tranches de travail accompli. Elle est échelonnée, ou mieux encore diffuse sur toute la longueur du parcours, qui mène à la conclusion finale. Abandonné à ses propres forces, le Juge pourra peut-être encore retarder le moment de sa résolution. Le produit de ses investigations aura, pendant ce temps, gagné en pureté. Obligé de conclure par la force de la loi, il est à craindre que cet homme à qui l'on demande des vertus d'abstraction, ne soit amené à tirer une conviction de chacune de ses opérations de recherche ; et l'instinct de généralisation aidant, le processus de l'autosuggestion se se trouvât accéléré... Mais nous n'avons jusqu'ici montré que l'une des faces du danger. Si la contrainte d'une appréciation judiciaire peut porter tort à l'impartialité des

recherches, le fait lui-même d'avoir procédé aux actes de recherches peut nuire à la pureté de la décision qu'on sera appelé à rendre sur leurs résultats. L'ouvrier ne peut être juge de son œuvre... c'est une vérité d'évidence que tous les législateurs ont reconnue et que les auteurs du code eux-mêmes n'ont point voulu ignorer, quoi qu'ils eussent contre eux une longue et impressionnante tradition. Leur œuvre s'est ici aussi ressentie de cette tradition sous plus d'un rapport. L'institution qu'ils imaginèrent portait déjà en elle-même les germes d'une certaine impuissance.

§ 3. — LES JURIDICTIONS D'INSTRUCTION ET LE JUGE.

« La vraie justice veut que le juge ne porte pas dans le Tribunal ses propres pensées. »

BOSSUET.

Jamais les juridictions d'instruction n'ont été appelées en France à jouer un rôle actif au cours de l'instruction préparatoire, si ce n'est sous certaines conditions tout à fait exceptionnelles. Nous n'oublions pas, bien entendu, que la Chambre du Conseil recevait un rapport hebdomadaire du Juge d'Instruction, et que l'utilité de ce rapport ne pouvait dépendre que de la vigilance que les magistrats étaient disposés à exercer vis-à-vis de leur collègue. Actuellement, la Chambre des mises en accusations possède toujours un droit de contrôle éventuel et

lointain sur les rares opérations du juge qui pourront lui être déferées en vertu d'un droit d'opposition fort étrangement partagé. Le caractère parcimonieux de ce contrôle, le peu de chance qu'il a d'être efficace, font que l'on ne saurait vraiment sans trop d'exagération, parler d'un fonctionnement actif et régulier de cette juridiction dans l'ordre de l'instruction, et comme organe de cette instruction.

Il semble donc, dès l'abord, que l'étude des juridictions d'instruction ne doive occuper qu'une place très secondaire dans le cadre modeste du sujet ici traité.

Les juridictions d'instruction sont appelées cependant à remplir une mission parallèle à l'instruction proprement dite, mais qui, par un certain côté, se rattache assez intimement au fond même du sujet qui nous occupe en ce moment. Destinées à se prononcer sur la prévention, elles partagent en quelque sorte le rôle du juge, dans ce qu'il a de plus essentiel aux yeux de la loi ; elles contribuent en effet à assurer d'une double façon l'impartialité, c'est-à-dire la qualité légale de l'information. Tout d'abord, et cela en principe du moins, en dégageant le juge de la fâcheuse nécessité d'avoir à se prononcer officiellement sur la valeur des opérations par lui effectuées, ce qui est de nature à contribuer à la pureté des recherches et de leurs résultats. Deuxièmement, et toujours en principe, en assurant les conditions d'une appréciation équitable de la prévention, qu'il ne serait pas permis d'attendre de ce

même magistrat, qui a eu en mains l'initiative de l'élaboration du dossier.

C'est donc par ce côté qu'il peut nous être utile d'envisager la mission des juridictions d'instruction, puisque c'est par ce côté qu'elles se rattachent à l'organisation même du juge d'instruction, dont elles sont le complément naturel. Disons dès l'abord que la conception que se fait la doctrine moderne de cette institution, n'a plus qu'une très vague parenté avec celle qu'on retrouve dans la grande Ordonnance. A supposer que l'Assemblée des trois ou sept juges intervint régulièrement à la clôture des informations, (1), elle n'exercerait, à ce qu'il semble, qu'un contrôle purement juridique. Les magistrats n'examinaient que la gravité légale du fait et non l'importance des charges contre tel ou tel inculpé. C'est cette dernière attribution qui constitue au contraire actuellement la raison d'être principale d'une juridiction d'instruction. En ce sens, elle serait essentiellement un pouvoir appréciateur des faits à charge ou à décharge. Afin donc qu'elle fût en mesure de présenter une utilité réelle, il faudrait, de toute nécessité, que son pouvoir d'appréciation s'exerçât librement, c'est à-dire dégagé de l'influence de toute appréciation antérieure ou même concomitante. En d'autres termes, les éléments sur lesquels elle serait appelée à se former un jugement, devraient lui être soumis dans leur état brut, afin qu'elle pût se pro-

1, Article 1^{er} du titre XV, Ord. 1670.

noncer la première sur leur valeur respective, avant qu'aucune opération de coordination rationnelle, plus ou moins tendancieuse, ait précédé son propre raisonnement juridictionnel. Et déjà l'on aperçoit que la concentration de la totalité des actes et de la plénitude des pouvoirs d'instruction, entre les mains d'une seule et même personne, qui en assume la direction responsable, est susceptible de créer le plus réel des dangers au bon fonctionnement d'une juridiction. Le dossier de l'instruction pourra présenter au moment de son achèvement une homogénéité qui visiblement ne sera pas un simple effet du hasard ; de sorte que la juridiction d'instruction sera en présence d'un dilemme qui pourrait mettre en jeu la raison même de son existence. Ou bien elle se bornera, éventualité nullement inconcevable, à enregistrer l'œuvre accomplie, en suivant de près ou de loin la direction qui lui est déjà imprimée par une personnalité combien plus puissante, auquel cas, sa mission se trouvant tout au plus réduite aux proportions d'un contrôle, elle manquera à sa première raison d'être qui est d'établir un jugement.

Ou bien, pour s'y conformer, se verra-t-elle contrainte à tout remettre en question, à refaire devant elle l'instruction au moins sommaire des charges et moyens, individuellement considérés, afin de pouvoir attribuer à chacun des éléments du procès la valeur qui conviendra à sa propre estimation, auquel cas, elle risquera tout simplement de faire double emploi avec la juridiction de jugement. C'est à peu

près cette dernière éventualité qui s'est produit avec le Jury d'Accusation. Bien au contraire, c'est sur le premier écueil que se heurta et périt la Chambre du Conseil, et il faut y rechercher également l'une des faiblesses principales du fonctionnement actuel de la Chambre des Misés en accusations.

1. — Le Jury d'Accusation n'eut en France qu'une brève et dramatique histoire, troublant raccourci de l'aventure révolutionnaire elle-même. Il apparaît soudainement au sein des mœurs judiciaires Françaises, dès la première heure de la Révolution. Il vit autant que la Révolution, dégénère en même temps que l'élan d'où elle était issue, meurt avec elle, ou plutôt, se trouve incorporé dans la Cour Impériale tout comme l'idéal montagnard se trouva travesti en la dictature napoléonienne. Il est presque émouvant d'assister aux derniers moments de cette institution du droit intermédiaire.

Déjà la loi réactionnaire du 7 Pluviôse an IX y avait introduit un germe de dissolution en substituant l'examen des pièces écrites aux débats oraux. Ce n'était encore là qu'un vice d'organisation facile à corriger, si on en éprouvait l'envie. Or, c'est sur cette faiblesse qui n'avait rien de constitutionnel, au contraire, que l'Empereur hostile aux juridictions populaires établira toute son argumentation.

Cependant, le Jury d'Accusation résiste en 1804 (1)

1. Séance du 29 mai 1804, art. 97 du premier projet. Locré, t. XXIV, p. 227.

aux doléances des Cours et Tribunaux. On consultait en effet le corps des magistrats de profession, sur la valeur des juges populaires. Les magistrats proposaient tout naturellement le retour à l'ordonnance de Louis XIV. Lorsqu'il s'agira, en 1882, de supprimer les pouvoirs d'instruction du Préfet de Police, l'on attendra encore, pour se décider, l'opinion du Préfet de Police et celle du Ministre de l'Intérieur. Il est étonnant qu'on n'ait jamais demandé aux coupables de se prononcer sur l'opportunité de leur peine. En 1808, le sort des deux jurys se trouve engagé. Les hommes de la section, Treilhard en tête, s'accrochent aux legs généreux du mouvement individualiste. Ils ont affaire au tacticien des grands jours. Au nom des volontés impériales, Cambacérès ouvre le feu au sein de la Section. Il doit battre en retraite, le projet tient bon. Le 23 janvier 1808, Napoléon prend lui-même en mains le débat. « Il ne faut appliquer la masse des citoyens qu'à des fonctions qu'ils puissent remplir... Qu'on ne parle pas du danger de laisser à des juges le droit de mettre en accusation... D'ailleurs, dans le système contraire, *on manque le but* qui est de donner une grande force à la Justice... »

Le jour du vote, le 6 février 1808 (1), les hommes de l'Empereur ouvrent une attaque générale contre le principe même de la Justice populaire. Le Jury de jugement se trouve lui-même engagé. Joubert pousse la pointe mortelle contre le Grand Jury. Treil-

hard fournit un effort désespéré. Mais déjà l'on sent dans ses paroles le regret de cette nouvelle garantie individualiste qui bientôt ne sera qu'un souvenir. L'empereur entre en scène. Avec sa maîtrise ordinaire et tranchante, il aborde immédiatement le Jury de Jugement. La question est résolue par son silence. Le Jury d'Accusation appartient au passé.

Du moment que l'on admet le principe de la justice populaire, il est difficile de trouver un argument absolument décisif contre le jury d'accusation. Il est également vrai que le Grand Jury a des adversaires irréductibles en Angleterre. Déjà à la suite de sa grande enquête en 1859, le lord Chancelier Chelmsford se prononçait pour sa suppression. La Commission Royale de 1913 (1) concluait dans le même sens. Si le Grand Jury paraît à peu près inutile à l'Angleterre, cela est dû au fait très certain qu'il existe déjà une première juridiction d'instruction, et que celle-ci présente au plus haut degré les qualités qu'on est en droit d'attendre d'une pareille institution (2). Cette juridiction c'est tout simplement le juge de l'enquête, le « Magistrat ». Le grief capital adressé de tout temps au grand Jury anglais (3) ce fut de pouvoir être saisi directement par un acte d'accusation émanant d'un simple par-

1. *The Times*, 16 décembre 1913.

2. A en croire du moins les auteurs anglais, qui ont une profonde admiration pour leurs institutions criminelles.

3. V. Morizot-Thibault, p. 480. C'est un grief analogue à celui fait en France à l'abus des constitutions de parties civiles.

ticulier, droit qui pouvait se prêter aux manœuvres calomnieuses. Ce vice n'est évidemment pas inhérent à la nature de l'institution, et la preuve c'est que les législations américaines l'en ont dégagée dès son introduction dans les Etats. La législation statutaire anglaise y a d'ailleurs porté remède en partie au moyen des diverses lois sur les actes d'accusation vexatoires (1) qui suppriment le droit d'accusation directe pour les hypothèses où son usage était le plus à craindre.

On a adressé au Jury d'Accusation un reproche beaucoup plus grave, celui de ne pouvoir faire le discernement entre les présomptions et les preuves, les premières suffisant à la mise en accusation, les secondes, au contraire, devant être réservées pour le Jugement. Ne pouvant se décider à signer un acte d'accusation sur de simples présomptions, les hommes du peuple renverraient des poursuites sur le doute.

L'argument pourrait être aussi bien renversé contre les magistrats avec cette différence que c'est lors du jugement qu'on pourrait leur reprocher de tomber dans une confusion identique, et de condamner sur de simples présomptions, ce qui n'est point, on le conçoit, un défaut moins grave.

Quoi qu'il en soit, la critique, si c'en est une, demeure parfaitement fondée, pour ce qui concerne

1. Les dernières en date sont : L. 4 et 5, Georges V pour les faillites (1914) ; L. 8 Edouard VII pour l'inceste (1908) , L. 1 et 2, Georges V pour le parjure.

les jurés d'accusation, du moins en raison abstraite, le Jury d'accusation n'ayant pas fonctionné assez longtemps en France, pour que l'on puisse tirer un argument vraiment définitif de la pratique, et d'autre part, le droit comparé ne pouvant servir que médiocrement, lorsqu'il s'agit d'institutions qui se rattachent de si près aux mœurs et aptitudes populaires. Ainsi, on se trouvera devant l'alternative, ou bien de ne remettre à l'appréciation du Jury que les éléments à charge, ce qui donnerait à la procédure un caractère superficiel et partial, et en dénaturerait le rôle juridictionnel ; ou bien, deuxième et fatale alternative, de reconstituer devant lui l'ensemble de l'information, sous la forme de débats oraux, auquel cas se trouvant porté par sa nature, à rechercher des preuves de culpabilité, il rendrait tout simplement un premier jugement et ferait double emploi avec la juridiction définitive.

On ne pensa jamais sérieusement à acclimater le grand Jury en France. La loi du 7 Pluviôse An IX y introduisit une réforme qui devait, tôt ou tard, en déterminer le discrédit définitif. Supprimant l'appréciation vivante de la preuve, elle soumit à ces assemblées populaires des documents inanimés. Cette réforme en appelait une autre, et elle ne se fit pas attendre. Les professionnels de la procédure écrite remplacèrent les Jurés.

II. — S'il était assez probable que le Jury d'accusation ferait double emploi avec celui de Jugement,

au cas où l'occasion lui en serait présentée, il fut tout de suite apparent que la Chambre du Conseil ne pouvait faire que double emploi avec le Juge d'Instruction. Cette institution, tout en satisfaisant au principe abstrait d'une juridiction d'instruction, avait pu présenter cependant une réelle utilité, que ses détracteurs n'ont pas assez remarquée, et qui se manifeste quotidiennement dans les pays où, comme en Grèce, on a cru devoir conserver la Chambre du Conseil dans sa forme la plus traditionnelle. La Chambre du Conseil offre un appui certain au Juge d'Instruction, en le dégageant très sensiblement de l'autorité du Ministère Public, et par conséquent, de son influence directe. Comme c'est là un avantage inhérent à l'institution elle-même, il est certain que son introduction en France, où l'on a pu si fréquemment se plaindre de l'ingérence du Parquet aux affaires de l'instruction, ne saurait avoir que des conséquences heureuses à ce point de vue. Par contre, la Chambre du Conseil, dans l'organisation surtout qui lui a été donnée par le Code d'Instruction Criminelle de 1808, et qu'elle conserve toujours en Grèce, se trouve affectée d'un vice tellement considérable qu'il en rend le fonctionnement en tant que juridiction à peu près illusoire. Elle comprend, en son sein, le Juge d'Instruction lui-même qui lui fait personnellement l'exposé de l'affaire, et qui prend part au vote, le Ministère Public entendu. Cette seule considération dispenserait de plus longues critiques. Il en était une autre non

moins accablante pour la Chambre du Conseil, statuant au renvoi des affaires correctionnelles. Dans les tribunaux composés d'une Chambre unique (et c'en était l'immense majorité) les fonctions de juridiction d'instruction préparatoire et définitive, se trouvaient confondues dans les mains des mêmes magistrats qui se renvoyaient l'affaire, et en prononçaient le jugement, à quelques jours d'intervalle. La loi du 17 juillet 1856 supprima la Chambre du Conseil.

Parmi les arguments du rapporteur, il y en avait de bons, et il en avait de mauvais. Il se trouvait surtout une coïncidence qui pouvait en somme n'être qu'une coïncidence. Lorsqu'aux débuts du siècle on supprimait le Jury d'accusation, il se trouvait qu'un régime autocratique prenait ses dispositions en vue d'un établissement permanent. Des circonstances très analogues se reproduisaient en 1856 lorsque la Chambre du Conseil était appelée à disparaître à son tour.

Il est remarquable que l'on présenta cette réforme sous les dehors d'un bienfait inestimable, accordé aux prévenus. La durée de la détention préventive se trouverait abrégée, la longueur insupportable des informations réduite. Argument trop facile, dont on a souvent abusé depuis. Quelques années plus tard, à peine, l'introduction de cette procédure foudroyante des flagrants délits correctionnels, n'allait-elle pas être présentée sous les mêmes auspices? « Lorsqu'une procédure est organisée pour mieux

éclairer la justice, il est imprudent d'invoquer contre elle les quelques lenteurs qu'elle peut entraîner dans son cours. Quand on embrasse la procédure d'un regard superficiel, elle apparaît comme un obstacle et l'on a tendance à la supprimer. »

Il est au moins étonnant que toutes les fois que le législateur se décide à apporter un remède à la détention préventive, ce soit toujours par la voie indirecte qu'il procède. Le résultat dit M. Morizot-Thibault, c'est que l'on enlève au prévenu une protection réelle (1), sous le prétexte de lui donner une garantie apparente. Lorsque la plaie est connue, et sa source évidente, c'est à la plaie qu'il semble plus naturel de s'attaquer. Puisque personne n'ignore que le navrant usage que font les Juges d'Instruction de l'arme qu'imprudemment la loi a mise entre leurs mains, vient du caractère trop absolu de leurs pouvoirs qui en autorisent l'abus, c'est dans ces pouvoirs mêmes qu'un réformateur hardi et sincère doit opérer. C'est l'arme qu'il faut enlever des mains du juge ou du moins doit-on en surveiller l'usage.

La loi du 17 juillet 1856 invoquait un autre argument qui, à première vue, peut sembler impressionnant. La Chambre du Conseil n'étant, de toute évidence, qu'une Chambre « d'enregistrement » des opinions du Juge d'Instruction, elle présentait par

1. L'auteur cité est un fervent partisan de la Chambre du Conseil restaurée sur une échelle plus large que sous l'empire du Code. V. la dernière partie de son ouvrage : le Règlement de la Procédure.

contre cet inconvénient sans compensation de servir de « paravent » à la responsabilité du magistrat. On la supprimait donc, dit l'exposé des motifs, pour rappeler le juge « au sentiment profond de ses responsabilités », ce qui ne pourrait que « le rendre plus sévère sur le choix et l'appréciation des éléments destinés à justifier ses décisions ». Malheureusement, comme il arrive que ces responsabilités n'aient pas encore de consistance réelle, cet argument perd un peu de sa valeur...

D'autres considérations semblent plus encore dépourvues de poids. Mais il en est une qui montre que tout en se faisant de singulières illusions sur les principes, le législateur avait, du premier coup, mis le doigt sur la plaie. Parlant de la séparation que le Code établissait entre le Juge et la Chambre, il se demandait : « Ne sont-ce pas là des distinctions de pouvoirs artificielles, de fausses pondérations, qui viennent d'une séparation arbitraire d'attributions de même nature ? » Il y a évidemment dans cette considération dubitative une confusion évidente entre la valeur du principe et les résultats de son application : Et ce n'est pas de l'échec partiel de telle ou telle juridiction d'instruction que l'on peut conclure, comme se hâte de le faire le rapporteur, à l'inconsistance du principe même d'un pouvoir appréciateur des éléments de l'instruction, absolument distinct des organes de recherche.

Il semble néanmoins peu douteux et c'est ici que le législateur aurait vu juste, qu'une organisation

des fonctions du magistrat instructeur, selon les purs principes du régime inquisitorial, sera toujours de nature à laisser peu de liberté, donc peu d'utilité, à une juridiction de magistrats ayant des pouvoirs appréciateurs. Et ce n'est pas uniquement la participation personnelle du juge, telle qu'elle se produisait sous l'empire du Code, qui soit à craindre. M. le professeur Cuhe a fort bien exprimé cette pensée dans une introduction critique au projet déposé le 18 janvier 1907 au Sénat, par M. Clémenceau, alors Président au Conseil, (*Revue Pénitentiaire*, 1907, page 775). « Je veux bien que le Juge ne siège plus dans la Chambre du Conseil, et, soit dit en passant, l'application du nouvel article 117 sera fort difficile dans les petits tribunaux composés seulement de trois juges, mais il demeure, malgré tout, l'égal, l'ami, le camarade des Magistrats de la Chambre du Conseil. Il les verra souvent, soit aux autres audiences, soit en ville, il leur parlera des affaires à l'instruction, et leur fera facilement partager ses manières de voir. J'ai peine à croire que dans ces conditions, la Chambre du Conseil déjuge souvent le Juge d'instruction. L'inconvénient peut s'atténuer dans les grands tribunaux, mais ils ne sont pas les plus nombreux. » C'est là, formulée sous des dehors familiers, une grave et presque décisive critique. En présentant le 9 février 1909 un nouveau projet sur les garanties rétablissant entre autres la Chambre du Conseil, M. le Garde des Sceaux Monis avait essayé de répondre par des

amendements appropriés, aux principales critiques adressées aux projets précédents, et concernant le fonctionnement de cette juridiction. Il laissait cependant sans réponse la plus grave de ces critiques.

Il est vrai que la plupart des projets nouveaux surtout ceux à partir de 1897, tout en rétablissant en règle générale la Chambre du Conseil, à l'exemple l'Italie, n'ont plus pensé devoir lui restituer ses attributions anciennes comme juridiction d'instruction. Il en est de même du projet discuté au Sénat le 22 juin 1922, et qui, presque intégralement reproduit les précédents avec cette différence que la Chambre du Conseil (Art. 117 nouveau) ne se composerait plus que d'un seul magistrat, le Président du Tribunal, disposition sur laquelle il sera peut-être intéressant de revenir (1).

III. — Quoi qu'il advienne, de ces projets, l'idée d'une juridiction d'instruction méritant ce nom au premier degré semble avoir été abandonnée en France depuis la loi du 17 juillet 1856. Abandon tout à fait regrettable au point de vue des principes les plus sains de l'instruction préparatoire, mais qui semble bien la conséquence fatale des pouvoirs absolus accordés au Juge d'Instruction. Ces pouvoirs se trouvent donc complétés à la suite du 17 juillet 1856, par l'attribution juridictionnelle, du moins en matière correctionnelle. Nous ne revien-

1. Le projet Renoult de 1924 ne mentionne plus la Chambre du Conseil.

drons pas sur les dangers qui résultent de cette situation, et qui affectent aussi bien la pureté des opérations d'instruction, que l'impartialité de leur appréciation juridictionnelle.

La Chambre des mises en accusations, quoique répondant plus parfaitement que la Chambre du Conseil au principe d'une juridiction indépendante du magistrat instructeur, ne peut apporter cependant un remède définitif au double danger résultant de la rigoureuse application du régime inquisitorial.

A. — Trop éloignée du théâtre de l'instruction, elle se trouve placée *a priori* dans la situation la moins propice pour se faire une idée vivante des opérations et de leur physionomie réelle. Réduite à juger sur pièces, elle ne prendra connaissance de la procédure qu'à travers le caractère que lui aura imprimé le Juge d'Instruction. Elle se trouvera prévenue par une conviction infiniment plus respectable, forte de son caractère étroitement personnel et de sa compétence matérielle dix fois supérieure à celle de la Cour. Ainsi, le juge conservera la direction morale de l'instruction préparatoire et la juridiction lointaine de la Cour, réduite aux proportions d'un simple contrôle, ne saurait l'empêcher, après avoir procédé aux opérations, d'en dégager l'esprit et d'en faire la synthèse, en donnant à l'instruction une impulsion personnelle, et quasi-définitive.

B. — Sans pouvoir ainsi contribuer à la pureté des opérations d'instruction, la Chambre des mises en accusations, ne présente pas malheureusement non plus, à ce qu'il paraît, toutes les garanties d'un organe d'appréciation impartial. La critique de sa procédure interne a été faite si souvent, et si complètement, qu'il semble difficile d'y trouver aujourd'hui à ajouter quoi que ce soit. Deux projets de réforme également approfondis, également généreux, sauf de très légères divergences, ont été successivement soumis et même votés par l'une des deux chambres législatives (1), sans que ni l'un ni l'autre aient réussi à survivre définitivement à l'épreuve redoutable du mécanisme parlementaire.

Le vice fondamental de la procédure devant la Chambre des mises en accusations c'en est le caractère *unilatéral*, nettement défavorable à la défense. La Chambre connaît en effet de l'affaire sur le rapport qui lui en est fait par le Procureur Général, à la suite duquel celui-ci formule ses conclusions, et ne se retire qu'au moment de la délibération, sans même que cette disposition de l'art. 224 soit requise à peine de nullité (2). Les droits de la défense se résument en la possibilité qui lui est faite par l'article 217 de présenter un mémoire, « sans que le rapport du Ministère Public puisse en être retardé ».

1. Projet Dufaure au Sénat, Rapport du 6 mars 1882. Projet Cruppi à la Chambre, le 9 juin 1899.

2. Cass. Crim., 10 octobre 1925. *Bull. Crim.*, n° 275.

De là on a pu conclure que ces mémoires n'étaient pas un élément indispensable à l'instruction, et l'on en a réglementé la production de telle manière qu'il soit juste de dire avec Faustin Hélie « que si la loi n'a pas voulu supprimer entièrement les droits de la défense, elle ne l'a point protégée, elle ne lui a donné aucune garantie, elle lui a même refusé les moyens de se produire utilement. C'en'est point là l'organisation d'un droit de défense ; c'est simplement l'ouverture d'une faculté que les parties exercent comme elles l'entendent, comme elles le peuvent, sans qu'elles trouvent dans la loi aucun appui, aucun concours » (1).

1. Faustin Hélie, *op. cit.*, t. VI, p. 263 ; Garraud, *op. cit.*, t. III, n° 1.028 et suivants ; Morizot-Thibault, p. 516 et suiv. ; Cass. 3 mars 1898. S. 99.1.381, 24 juillet 1919. *Bull. Crim.*, n° 190, 2 mai 1924, *D. H.*, 1924, p. 412 ; 16 déc. ; 1926, *Bull. Crim.*, n° 310.

CONCLUSION

L'organisation judiciaire de l'instruction préparatoire, telle qu'elle apparaît dans la législation codifiée de la France, reproduit à peu de chose près le type inquisitorial. En voici le tableau synoptique :

1^o Tout en bas de l'échelle, la Police, appelée par ses fonctions de surveillance à recueillir les premiers symptômes de l'activité criminelle, donne l'alerte à l'Appareil Judiciaire, par l'intermédiaire de son chef, le Procureur.

2^o Le Juge d'Instruction, mis en mouvement par cet officier, réunit en sa personne tous les pouvoirs d'instruction. Non seulement il est le maître de la procédure, mais encore, il accomplit par lui-même tous les actes d'investigation destinés à faire figure de preuves. Il ne peut être remplacé qu'exceptionnellement et à titre tout à fait provisoire, lorsqu'il y a urgence, ou dans les cas plus rares encore où la délégation est autorisée.

Ses pouvoirs sont absolus, parce qu'ils sont attachés à sa personne. Aussi la loi ne prend elle de précautions que pour protéger *la personnalité* du juge contre toute influence ou entraînement. Elle garantit d'abord son indépendance vis-à-vis de l'accusation ; elle veut encore l'assurer contre les entraîn-

nements ayant leur source dans la fonction. Dans ce but, elle place à ses côtés une juridiction destinée à absorber les soucis de l'appréciation, et assumer la responsabilité des décisions.

Un pareil système ne présente qu'un aléa : l'omnipotence du Juge, mais la discuter ce serait déjà mettre en question le principe même du régime inquisitorial. Ce point mis à part, il est indéniable que l'organisation judiciaire de l'instruction, telle qu'elle figure encore dans les textes du Code d'Instruction Criminelle, présente ces qualités si caractéristiques du génie français : l'harmonieux équilibre, une symétrie presque esthétique.

L'expérience d'un siècle a apporté des altérations profondes dans cette organisation. Elle a d'abord renversé l'importance respective de la Police Judiciaire et du Juge d'Instruction. Elle a fait ensuite éclater ce caractère aléatoire de l'institution d'un magistrat unique, investi de toutes les initiatives et de toutes les responsabilités.

1^o Et tout d'abord nous assistons à un développement inattendu des fonctions de la police judiciaire. Développement aussi considérable en étendue qu'en profondeur :

Dans l'étendue, la police judiciaire envahit le domaine de l'instruction. Nous venons d'analyser les procédés juridiques qui ont servi à cette extension. Non contente d'avoir laissé au Juge une proportion insignifiante des affaires à instruire, elle

trouve encore moyen d'intervenir et de mener souvent par ses propres moyens ces mêmes affaires, soit en prévenant l'action du Juge par le procédé de l'enquête officieuse ou administrative, soit en faisant chevaucher sa propre activité sur l'instruction en cours, sauf à se couvrir de temps à autre par une délégation « de complaisance ».

La compétence policière a surtout gagné en profondeur. Il n'est pas d'acte d'instruction que, la police judiciaire ne soit autorisée à accomplir aujourd'hui, quelle qu'en soit la nature et la gravité. Des opérations sont effectuées en dehors de tout contrôle effectif, les pouvoirs de la police étant en ce sens plus absolus que ceux du Juge d'Instruction. Les formules doctrinales n'égarent plus que ceux qui consentent à fermer les yeux ; et il faut hélas compter parmi ces derniers le législateur bienveillant. Ce ne sont pas là, qu'on nous entende bien, les investigations des détectives anglais, dont il ne reste en justice que le témoignage de leurs auteurs. Ce sont de véritables procès-verbaux couverts par l'estampille du Juge d'instruction, ou l'autorité morale du Chef du Parquet. Nous voilà loin de l'époque où les théoriciens du système assignaient aux agents subalternes un rôle obscur et diffus. Les personnages de la police judiciaire ont aujourd'hui le prestige des magistrats de l'Ordre.

Que devenait entre temps l'organisme central du régime inquisitoire, ce magistrat auréolé de la tra-

dition religieuse et monarchique, et aux mains de qui un législateur, fasciné par le passé, ne croyait pouvoir mieux faire qu'abdiquer tous les pouvoirs, toutes les garanties et responsabilités de l'instruction ?

Le Juge d'Instruction n'a pas entièrement répondu à la confiance du législateur, sans qu'on soit en droit de l'en tenir pour responsable. Ce n'est pas d'ailleurs à son insuffisance technique que nous faisons ici allusion. La loi tablait sur l'impartialité du juge. Or, la loi se faisait d'abord une illusion sur la qualité organique de cette fonction.

L'inamovibilité du magistrat apparut, à un double point de vue, précaire.

Ce fut une seconde déception que celle de son indépendance à l'égard de l'accusation. Bientôt le magistrat ne fut plus qu'un collaborateur subordonné du chef des poursuites, dont on avait eu soin de faire un chef hiérarchique.

Enfin, ce fut une singulière erreur de psychologie, et que l'expérience monarchique rendait plus encore inexcusable, que d'attendre du Juge d'instruction une indépendance même relative à l'égard de lui-même. Cela devint surtout évident, lorsque fut supprimée la juridiction d'instruction, qui, d'ailleurs, portait en elle-même, le microbe de sa destruction. Et le vote de la réforme partielle de 1897 ne fit en somme qu'amorcer l'abandon du système inquisitorial lui-même. Nous voulons voir une seconde étape vers cet abandon, dans le projet de l'ancien garde des Sceaux, M. René Renoult.

Développement asymétrique des pouvoirs de la police judiciaire. Insuffisance morale du juge d'instruction à soutenir l'édifice inquisitorial, tel est le double aspect que présente le système dans l'étape actuelle de son évolution.

Il est certain qu'en ce qui concerne le pivot de l'inquisition, le juge, la faillite de l'organisation judiciaire est due en grande partie, aux illusions du législateur lui-même, en y faisant la part des influences multiples et contradictoires qui se superposèrent dans l'élaboration de son système.

Mais par contre on ne saurait reprocher à la loi l'erreur d'optique dont elle a été victime, en ne prévoyant pas l'importance respective actuelle du rôle de la police judiciaire. Le développement imprévisible de l'organisation matérielle et juridique de la police fut la conséquence directe du changement survenu dans les conditions techniques de la lutte contre le crime. Changement déterminé lui-même par l'essor inattendu du mouvement scientifique, dont le criminel, aussi bien que le policier, fit son profit. Le bouleversement de l'organisation judiciaire ne fut qu'une réaction rigoureusement nécessaire de l'instinct conservateur des sociétés. Mais le législateur contemporain ayant négligé de fournir les cadres à cette activité nouvelle, on dut se servir des textes que l'on avait sous la main, au risque d'en oublier délibérément la portée originale, et de por-

ter en même temps les atteintes les plus graves à la dignité de la justice.

Ici, devrait logiquement s'arrêter la conclusion de cette modeste étude qui a cru devoir affecter un caractère plus historique que réaliste. Si nous nous hasardons maintenant à avancer un certain nombre de considérations d'ordre constructif, ce n'est pas le plan d'une organisation judiciaire future que nous prétendons soumettre, à quoi se reconnaîtrait, sans plus, notre totale insuffisance scientifique. Ce qui suit ne veut être qu'une simple continuation positive, un complément en quelque sorte affirmatif, des conclusions négatives de cette étude. Reprenons respectivement les éléments-types de l'organisation judiciaire : la police, le magistrat, la juridiction d'instruction.

Le développement des pouvoirs policiers dans l'instruction préparatoire est un fait accompli que seul un législateur trop conservateur semble encore ignorer. Peut-on envisager sur ce point un retour au système inquisitorial pur ? Des auteurs éminents, d'anciens magistrats, l'ont pu souhaiter. Rien cependant dans la pratique judiciaire actuelle ne semble révéler l'existence d'une pareille tendance, et il serait aussi vain que peu opportun de travailler à cette régression, d'une manière générale. Il n'en demeure pas moins acquis que dans la conception actuelle du rôle de la police, il se révèle des tendances grosses de dangers. C'est cette dou-

ble idée que nous devons expliquer à présent.

Le développement de l'organisation policière, au point de vue du nombre et de l'éducation technique, est, sans contredit, la réalité la plus heureuse. C'est la première condition d'un fonctionnement satisfaisant de l'appareil judiciaire dans son ensemble. Nous ne répèterons pas ici ce qui a été dit tant de fois de la manière la plus pénétrante et aussi la plus autorisée. C'est bien moins dans l'indulgence des jurys ou la décadence de la peine capitale qu'il faut rechercher la cause des crises de répression, que dans l'insuffisance du système des recherches. D'ailleurs, la facile découverte du coupable sera toujours et de beaucoup la meilleure des sauvegardes de l'innocent.

Pour peu que l'on veuille pousser l'examen de la question on trouve en supplément une justification plus technique à ce développement des forces policières. C'est la modification de plus en plus profonde dans le caractère de la preuve.

L'aveu apparaît de moins en moins comme le pivot du système probatoire et de plus en plus comme un complément, très accessoire, de la conviction du coupable. Il n'est plus, à vrai dire, qu'un signe de l'insuffisance des preuves réelles, un symptôme dangereux de l'impuissance de l'instruction. La raison en est qu'il n'a toujours pu être légitimement demandé qu'à un coupable déjà à peu près reconnu. Or, de plus en plus, l'évanouissement instantané des traces du délit, le déplacement quasi-

ment foudroyant des coupables, en rend la reconnaissance problématique, à moins de supposer une égale souplesse à l'instrument des recherches. L'organisation policière doit, pour ainsi dire, se trouver sur les pistes des fuyards, et ne plus les lâcher, où qu'elles la conduisent et de quelque façon qu'elles se dissimulent et se dérobent. Il y a là non seulement la nécessité d'une éducation technique spéciale, mais surtout une faculté de multiplication à peu près miraculeuse.

Or, l'antique confesseur siégeant au chef-lieu de l'arrondissement, plus apte à scruter les consciences qu'à identifier les physionomies et les habitudes, s'est trouvé naturellement un peu en marge de ce mouvement et il semble bien que rien ne pourra lui restaurer son ancien prestige. Est-ce à dire cependant qu'il soit appelé à disparaître de l'organisation judiciaire moderne ? Il faut, avant de songer à résoudre cette question, déterminer d'abord le rôle exact de la police judiciaire, non plus dans les recherches mais bien dans l'instruction.

Or, le rôle judiciaire de la police nous semble naturellement délimité par les raisons mêmes qui l'ont établie. Ce sont les difficultés croissantes de la recherche des indices et des preuves matérielles, en général, qui ont déterminé le développement prodigieux des services policiers. C'est donc dans ces fonctions, d'ailleurs suffisamment complexes par elles-mêmes, que doit se cantonner l'interven-

tion de l'organe des recherches. Relever les traces laissées par l'acte et le coupable, les relever le plus fidèlement qu'il se peut, en faisant intervenir le moins possible des considérations appréciaives, et pour donner une forme plus frappante à notre pensée, faire en sorte qu'une reproduction photographique des charges recueillies soit soumise à l'examen du pouvoir qualifié pour l'appréciation. Car, pour une double raison, il nous semble inadmissible que la police judiciaire participe à l'œuvre de l'appréciation des charges. D'abord, bien entendu, pour ce motif qui n'échappe à personne, de l'insuffisance d'éducation judiciaire des agents subalternes, défaut que d'ailleurs le perfectionnement de l'institution serait susceptible de faire disparaître jusqu'à un certain point.

Mais surtout, en considération de ces entraînements très humains et très naturels que créent les initiatives de l'action, et qui enlèvent la sérénité de l'appréciation, même chez des esprits plus froids, de par leur culture.

Lorsqu'on aura ainsi épuré l'instrument des recherches, qu'on l'aura dégagé du souci d'élaborer la thèse de la prévention, et de la direction effective sinon responsable de l'instruction préparatoire, il faudra encore songer à remettre à un organisme qualifié, ces initiatives, ces responsabilités et cette direction.

Le Juge d'Instruction a fait ses preuves. Couvert de la présomption d'impartialité, il peut s'aban-

donner aux pires entraînements de la fonction ; d'autant plus dangereux que malgré de quotidiennes déceptions, son prestige traditionnel le garde à l'abri du soupçon. Lorsqu'on aura désespéré de concilier l'activité et l'impartialité chez un même homme, alors peut-être songera-t-on à dédoubler la personnalité du Juge d'Instruction. Ce n'est point le retour du système accusatoire que nous envisageons. La centralisation des poursuites présente trop d'avantages pour qu'on puisse songer à s'en défaire.

Le Chef du parquet est un magistrat au moins aussi éclairé que le Juge d'instruction ; il est d'après la loi le chef de la police judiciaire, il est au surplus, malgré les prescriptions légales, le maître naturel de l'instruction en fait (voyez chapitre V). Il ne reste qu'à lui reconnaître légalement la direction de l'œuvre d'investigation — toute officielle — sous réserve des droits de la Défense, dont nous parlerons dans un moment. Dans ces fonctions, il présentera sur le Juge cet avantage, à notre avis, inestimable, d'incarner une attitude caractérisée, qui n'endormira jamais la vigilance du législateur. Alors, si vraiment la loi désire en toute loyauté, que l'instruction soit équilibrée, que les opérations soient faites effectivement à charge et à décharge, elle devra, au moins dès qu'il y aura inculpation, placer aux côtés du Ministère Social, le Ministère des Intérêts Individuels, la Défense. C'est ainsi que nous entendons le dédoublement de la fonction du Juge Instructeur.

Centralisation sous l'autorité effective d'un chef de l'Ordre Judiciaire, des pouvoirs policiers spécialisés aux recherches techniques. Collaboration étroite dans la direction des opérations et, l'enregistrement définitif des charges, du Ministère public, et du Ministère de la Défense.

Il sera d'ailleurs difficile de ne pas envisager au-dessus de ce double pouvoir d'action une autorité judiciaire qualifiée pour l'appréciation de l'ensemble du travail accompli. Le projet Meunier fournit une indication utile en ce sens, en reconnaissant le principe d'une juridiction d'instruction composée par un Juge unique, le Président du siège.

Quant au Juge d'Instruction, il serait prématuré d'en pronostiquer la disparition sans réserves. L'organisation d'un Juge inamovible nous a toujours semblé (voyez l'introduction) solidaire à un système de preuves subjectives ou psychologiques. Tant que l'on fera reposer l'instruction sur l'interrogatoire et les témoignages, l'on sera légitimement tenté de faire appel à un magistrat indépendant par sa qualité, effectivement impartial par l'organisation de ses fonctions. Lorsque le Juge se verra dépouiller de toute initiative dans la direction et l'appréciation de la procédure, il sera absolument qualifié pour procéder à ces actes d'instruction, dont la délicatesse appelle le doigté de sa haute culture. Précisons bien notre conception sur ce point : dans ces fonc-

tions, le Juge ne tiendra lieu que d'officier des recherches, il y remplacera simplement la police appelée à des fonctions d'une technique plus matérielle, plus impersonnelle.

Car, et nous ne pouvons mieux terminer cette étude, qu'en rappelant la plus effroyable lacune d'un système d'instruction en voie de transition, il n'est pas concevable que le maniement de la preuve psychologique soit encore laissé à la police judiciaire. Et le moyen le plus efficace, à notre humble avis, de la contraindre à résigner cette fonction doublement périlleuse, serait d'étendre l'application de la loi du 8 décembre 1897 aux instructions policières en donnant force de loi à la proposition Rollin. Dans cette voie généreuse, la France, foyer des libertés, aurait été précédée par la législation du petit pays de Grèce.

Vu : Le Président de la thèse

DONNEDIEU DE VABRES.

Vu : le Doyen,

BERTHÉLEMY.

Vu et permis d'imprimer

Le Recteur de l'Académie de Paris.

S. CHARLÉTY.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

	Pages
AVANT-PROPOS.....	5
INTRODUCTION.....	7
L'organisation ainsi que la procédure de l'instruction préparatoire sont en rapport étroit avec les conceptions éthiques et pénales.....	7
Le Juge et la Preuve sous le régime de la vengeance individuelle à l'état pur et après la socialisation de la fonction de justice.....	9
Le Juge et la Preuve sous le régime de la « responsabilité morale » et particulièrement sous le régime individualiste.....	13
Le Juge et la Preuve sous un régime participant de la science thérapeutique.....	23
CHAPITRE PREMIER. — <i>Les Principes de l'Organisation judiciaire. La séparation de la Poursuite et de l'Instruction</i>	27
La raison d'être du juge dans l'instruction et les moyens de garantir son impartialité.....	28
Incompatibilité des fonctions de Ministère public et de Juge.....	29
Incompatibilités dérivées.....	35
Incompatibilité entre la Poursuite et l'Instruction. Les raisons qui l'ont fait admettre par le Code d'Instr. Crim.....	37
Valeur théorique et pratique de ce dernier principe Pourquoi la majorité du Conseil d'Etat s'y rallia en 1808.....	45
CHAPITRE II. — <i>Les pouvoirs de la Police judiciaire dans les Procédures sommaires</i>	49
Section 1. — La procédure du flagrant délit.....	50

§ 1. — Influence traditionnelle du caractère flagrant de l'infraction sur l'organisation judiciaire.....	50
L'idée d'une pénalité attachée à l'état de flagrance et ce qui en reste : les rigueurs de la procédure..	50
La garantie « personnelle » instituée par le Code est renversée : l'instruction est faite par la partie poursuivante.....	54
Les garanties « formelles » sont écartées : Non-application de la loi du 8 décembre 1897.....	57
Caractère exceptionnel et provisoire de cette procédure rigoureuse, dans la conception du Code. Explication de la tendance actuelle.....	64
§ 2. — Essai d'une définition de l'état de flagrance.	69
La définition stricte ou subjective. Les abus.....	70
La notion objective de la flagrance. La solidarité avec le droit d'appréhension policière.....	76
Elasticité voulue de la définition légale. L'imprécision demeure entière après les lois du 20 mai 1863 et 8 décembre 1897.....	79
Attitude extensive de la pratique. Son explication principale.....	86
L'idée d'une dissociation du droit de capture d'avec la notion de flagrance.....	91
§ 3 — Si le degré de gravité des infractions limite les pouvoirs de la Police Judiciaire, dans le cas du flagrant délit.....	94
Triple aspect de la question.....	94
a) Assimilation des délits flagrants aux crimes flagrants quant au droit d'arrestation.....	95
b) Assimilation des informations au point de vue des mesures d'investigation.....	97
c) La question des perquisitions et saisies au cas des délit flagrant, Etude de la Jurisprudence.....	99
Section II. — La procédure sur Citation Directe.....	107
§ 1 — Insuffisance de l'instruction dans la procédure sur citation directe.....	107
Caractère de l'instruction préparatoire.....	108
Caractère de l'instruction définitive.....	109
§ 2. — De la liberté du Ministère Public dans le choix de l'instruction et si cette liberté comporte des limites.....	116

a) Limites apportées par le ^e degré de gravité des infractions	118
b) Limites apportées par l'attitude de la partie lésée...	125
c) Limites apportées par l'attitude du prévenu.....	132
CHAPITRE III. — <i>Les pouvoirs de la Police judiciaire en vertu de l'article 10 du Code d'Instr. Crim.</i>	
§ 1. — La portée de l'article 10 d'après ses origines..	137
§ 2. — Les pouvoirs du Préfet de Police d'après la doctrine, la Jurisprudence et la pratique.....	141
Comment la Cour de Cassation a situé les pouvoirs préfectoraux en marge de la loi. Applications de ce caractère spécial.....	142
Tableau sommaire des pouvoirs d'instruction accordés au Préfet.....	144
Théorie des délégations préfectorales.....	149
Rapports entre l'action de la préfecture et celle du Parquet.....	153
Responsabilité du préfet.....	155
§ 3. — Les aventures de l'article 10.....	157
CHAPITRE IV. — <i>Les pouvoirs de la Police judiciaire en marge des textes légaux</i>	
<i>Section première : Les pouvoirs d'instruction délégués à la police judiciaire</i>	
Caractère parcimonieux des délégations d'instruction selon le Code.....	170
La triple extension du droit de délégation.....	173
La pratique des délégations générales.....	180
<i>Section deuxième : Les Pouvoirs officieux de la Police judiciaire</i>	
§ 1. — Si les informations officieuses sont comparables avec l'esprit de la législation française.....	190
La thèse de la Cour Suprême et sa réfutation par Fautin Hélie.....	190
D'une théorie qui légitimerait l'enquête officieuse en la situant en dehors de la loi.....	193
Rappel des principes d'une saine interprétation des textes.....	194
§ 2. — Régime des pouvoirs officieux d'après la jurisprudence.....	197

Position prise par les tribunaux sur le terrain de la théorie.....	197
Double restriction ou double diagnostic des actes officieux.....	202
a) Ils sont dépouillés de toute force coercitive.....	203
b) Ils sont dépourvus de formes légales.....	208
Ainsi identifiés ils auraient une force probante inférieure à celle des actes officiels.....	208
§ 3. — De la force ou de l'effet probant des actes d'instruction dits officieux.....	213
La distinction entre la <i>valeur morale</i> des preuves de conviction et la <i>valeur légale</i> des actes de la procédure. Caractère illusoire de cette distinction.....	213
D'une théorie qui limiterait l'utilité des documents officieux aux besoins de la poursuite.....	216
Usage des renseignements officieux par application du pouvoir discrétionnaire.....	218
Utilisation des mêmes renseignements en police correctionnelle.....	222
§ 4. — Conclusion sur ce chapitre.....	223
APPENDICE AU CHAPITRE IV. — Un fait divers.....	226
CHAPITRE V. — Le Juge d'Instruction.....	247
Véritable physionomie du Juge d'Instruction.....	248
§ 1. — De la dépendance du Juge d'Instruction à l'égard du Parquet : Le juge-officier de Police judiciaire.....	258
I. Dépendance du juge à l'égard du pouvoir exécutif.....	260
II. Dépendance légale hiérarchique du juge à l'égard du Parquet.....	261
III. Moyens d'action du chef du Parquet sur le juge.....	264
IV. Participation du Ministère Public dans l'Instruction.....	268
§ 2. — De l'état de dépendance du Juge d'Instruction à l'égard de lui-même : Le juge-policier.....	275
De la prédisposition unilatérale déterminée par la fonction du juge.....	276
Comment cette prédisposition pourrait se trouver	

aggravée par l'attribution au juge du pouvoir d'appré- ciation de sa procédure	283
§ 3. — Les juridictions d'Instruction et le Juge.....	285
I. Le jury d'accusation.....	289
II. La Chambre du Conseil.....	293
III. La Chambre des Mises en accusation.....	299
CONCLUSION.....	303
Conception du système inquisitorial d'après le Code..	303
Aspect actuel du régime d'instruction préparatoire français.....	304
Causes de cette évolution.....	307
La part rationnelle de chacun des organismes dans l'instruction : La Police ; l'Accusation et la Défense ; la Juridiction ; le Juge.....	308

